

Pekeransvar

Hyperlenker til opphavsrettslig beskyttet musikk på
Verdensveven, som fremføring i åndsverklovens forstand.

Kandidatnummer: 340

Veileder: Jon Bing

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen: 17 427 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensning	1
1.2	Terminologi	2
1.3	Rettskilder	3
1.3.1	Lov	3
1.3.2	Forarbeider til åndsverkloven	3
1.3.3	Internasjonale bestemmelser	4
1.3.4	Rettspraksis	4
1.3.5	Internasjonal rettspraksis	5
1.3.6	Interesseorganisasjoner	5
1.3.7	Juridisk teori	6
<u>2</u>	<u>GENERELT OM OPPHAVSRETT</u>	<u>7</u>
2.1	Retten til eksemplarfremstilling	8
2.2	Tilgjengeliggjøring for allmennheten	12
2.2.1	Forholdet mellom visning og fremføring	15
2.2.2	Forholdet mellom spredning og fremføring	17
2.3	Unntak	19
2.4	Hvem er opphavsmann/rettighetshaver?	22
2.5	Nærstående rettigheter	23
<u>3</u>	<u>OPPHAVSRETT PÅ INTERNETT</u>	<u>26</u>
3.1	Særlige hensyn for digitale verk?	27

<u>4</u>	<u>PEKERANSVAR</u>	<u>30</u>
4.1	Hva er en ”peker”?	30
4.2	Innebærer publisering av pekere en selvstendig opphavsrettslig beføyelse?	33
4.2.1	Mp3-dom I	35
4.2.2	Mp3-dom II	38
4.2.3	Napster.no	39
4.2.4	Direct Connect	43
4.3	Kan samtykke presumeres ved lovlig publisering?	45
4.4	Medvirkningsansvar	48
4.4.1	Medvirkning til ulovlig eksemplarfremstilling	48
4.4.2	Medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten	53
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>60</u>
<u>6</u>	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	<u>62</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Denne besvarelsen vil i all hovedsak gjøre rede for og drøfte problemstillingen:

Rettslig ansvar ved opprettelse av hyperlenker til opphavsrettslig beskyttet musikk på Verdensveven: selvstendig opphavsrettslig beføyelse eller medvirkning? I lys av nyere rettspraksis.

Problemstillingen retter søkelyset mot et meget aktuelt og omdiskutert område innenfor norsk og internasjonal, opphavsrett og rettsinformatikk, nemlig det såkalte pekeransvaret. Jeg søker hovedsaklig å belyse hvordan pekeransvaret er løst i nyere norsk og internasjonal rettspraksis. Innledningsvis fordrer fremstillingen imidlertid også en mer generell gjennomgang av gjeldende rett iht. utnyttelse av åndsverk i digitale nettverk.

Opphavsrettsinstituttets primære oppgave er å gi vern til opphavsmannens og andre rettighetshaveres rettigheter til åndsverk. Imidlertid har det opphavsrettslige vern vist seg å komme i konflikt med et samfunnsmessig ønske om å fremme den teknologiske utviklingen, ved utnyttelse av åndsverk i digitale nettverk. Jeg vil forsøke å vise hvordan særlig lovgiver og domstol, balanserer disse til dels motstridende hensynene mot hverandre.

De mest interessante problemstillingene iht. bruk av hyperlenker til musikk på Verdensveven, oppstår i forhold til opphavsmannens økonomiske rettigheter. Besvarelsen avgrenses således mot opphavsrettens ideelle rettigheter, da dette vil ha liten interesse for fremstillingen.

Besvarelsen vil kun drøfte bruk av hyperlenker til musikk. Det må derfor avgrenses mot en vurdering andre typer åndsverk. Videre avgrenses det mot andre straffbare handlinger på Verdensveven, f.eks. opprettelse av lenker til barnepornografi.

Besvarelsen avgrenses mot et eventuelt ansvar for leverandører av teknologien, f.eks. Internettleverandører, og andre medhjelpere som stiller utstyr til disposisjon, da dette ligger utenfor pekeransvaret.

Siden Internett er et globalt nettverk, vil handlinger på Nettet ha grenseoverskridende virkninger. Jeg vil derfor søke å vise i hvilken grad rettsutviklingen i Norge er i samsvar med den internasjonale utviklingen. Spørsmålet om straffansvar på Veven reiser viktige interlegale spørsmål, men siden oppgavens omfang er begrenset, er det vanskelig å gi en tilfredsstillende drøftelse av dette her. Besvarelsen avgrenses derfor mot de interlegale spørsmål.

1.2 Terminologi

Besvarelsen opererer med tre hovedaktører som først bør presenteres. *Opphavsmann* og *rettighetshaver* anvendes om den som har rettigheter til et åndsverk, mens *brukeren* er den som utnytter verket. *Lenkeren* er betegnelsen på en som oppretter hyperlenker.

Internett er verdens største nettverk av datamaskiner, og et system for enkel og effektiv kommunikasjon. Hvordan nettverket fungerer, behandles nedenfor i pkt. 3.

Verdensveven (WWW av engelsk: World Wide Web) er den største og vanligste Internett-tjenesten i dag. Tjenesten gjør det mulig å presentere multimedia-dokumenter på Internett ved bruk av hypertekststruktur. Dette vil bli behandlet nedenfor i pkt. 4.1.

Kommunikasjon på Internett skjer mellom *tjenermaskiner* (av engelsk: server) og *klienter*. Tjenermaskinen tilbyr tjenester til datamaskiner tilknyttet nettverket, klientene. Klienten er brukerens *nettleser*¹. Nettleseren er det programmet maskinen bruker for å vise data fra Internett på skjermen.

¹ Av engelsk: browser. Internet Explorer er den største og mest brukte nettleseren. Ellers kan nevnes Netscape og norske Opera.

Verdensveven er bygget opp av en mengde *hyperlenker*. En hyperlenke er en henvisning fra et dokument til et annet, som gjør det mulig å navigere mellom de enorme mengder informasjonen som finnes på Internett, på en enkel og hurtig måte. *Lenker, pekere og henvisninger* er betegnelser på det samme. Hyperlenker behandles nærmere i pkt. 4.1.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Lov

Reglene om opphavsrett til musikkverk finner vi i åndsverkloven.² Loven er generell og regulerer således det opphavsrettslige vernet for alle verksformene, jfr. åndsverkloven § 1: *litterære, kunstneriske og vitenskapelige verk*. I de senere år er det inntatt enkelte spesialbestemmelser som følge av ulike direktiver og konvensjoner Norge er forpliktet av. Loven ble sist endret i år³, som et ledd i gjennomføringen av det såkalte Infosoc-direktivet (se nedenfor).

1.3.2 Forarbeider til åndsverkloven

Lovens ordlyd er knapp og tidvis uklar. Videre har ordlyden fra 1961-loven, også vist seg å skape problemer i forhold til ny teknologi. Forarbeidene er derfor en viktig kilde til forståelse av loven.

Forarbeidene til 1961-loven er av noe mindre betydning for opphavsrettslige problemer iht. den nye digitale teknologien, men har selvsagt fortsatt relevans. Mer interessante i denne sammenheng er likevel forarbeidene til de ulike lovendringene etter vedtagelsen i 1961. Flere av disse lovendringene ble vedtatt nettopp pga. behovet for å oppdatere loven ettersom teknologien utviklet seg. Frem til de senere år har det også vært sparsomt med rettspraksis på området, slik at forarbeidene har fått en helt sentral rettskildebetydning.

² Lov 12. mai 1961 nr.2.

³ Lov 17. juni 2005 nr.97.

1.3.3 Internasjonale bestemmelser

Allerede i 1886 så den første internasjonale konvensjon på opphavsrettens område, dagens lys med vedtagelsen av Bernkonvensjonen⁴. I ettertid har vi fått en rekke viktige konvensjoner og avtaler som Verdenskonvensjonen⁵, etter initiativ fra UNESCO; TRIPS⁶, gitt av Verdens handelsorganisasjon; og de to WIPO⁷ avtalene, WCT⁸ for opphavsrettigheter og WPPT⁹ for nærstående rettigheter. Norge er p.t. tilsluttet Bernkonvensjonen¹⁰ og Verdenskonvensjonen.

Etter Norges inntreden i EØS-avtalen i 1992¹¹, har vi gjennom våre forpliktelser overfor EU blitt underlagt en rekke direktiver. Et direktiv fra EU har ikke direkte virkning i Norge, men må inkorporeres i norsk lov, for eksempel ved lovendring. Sentrale for denne problemstillingen er særlig harmoniseringsdirektivet¹², heretter omtalt som Infosoc, og databasedirektivet¹³. Infosoc-direktivet ble ved siste endring av åndsverkloven, til stor del gjennomført i norsk lov.

Jeg har ikke lyktes i å fremskaffe offisielle oversettelser av alle konvensjonene og har derfor valgt å presentere alle gjengitte bestemmelser, på originalspråket.

1.3.4 Rettspraksis

Som nevnt har ikke den foreliggende problemstilling vært mye oppe for domstolene. Først de siste 4-5 årene har vi i Norge hatt noen få rettssaker til behandling på området. Dette har

⁴ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

⁵ Universal Copyright Convention.

⁶ WTO (World Trade Organization) Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

⁷ WIPO står for World Intellectual Property Organization, som er en FN-organisasjon.

⁸ WIPO Copyright Treaty.

⁹ WIPO Performances and Phonograms Treaty.

¹⁰ Norge er tilsluttet Paris-teksten, vedtatt 24. juli 1971.

¹¹ Gjennomført ved lov 27. november 1992 nr.109.

¹² Direktiv 2001/29/EC.

¹³ Direktiv 96/9/EC

også vært trenden både i Norden og resten av verden. Dette skyldes nok til en stor del at det er først de siste årene, omfanget av den digitale utnyttelsen av musikk virkelig har skutt i været.

1.3.5 Internasjonal rettspraksis

Da åndsverkloven ble vedtatt i 1961 var det på grunnlag av et fellesnordisk samarbeid for å skape rettsenhet på området. Også senere lovendringer sikter på å opprettholde rettsenheten. Det er derfor i dag, stor grad av uniformitet mellom de nordiske lovreglene om opphavsrett. Nordisk rettspraksis vil derfor være en relevant og tungtveiende rettskildefaktor, særlig der norske rettskilder er fraværende. Dette har støtte både i forarbeidene¹⁴, rettspraksis¹⁵ og juridisk teori¹⁶.

Siden det her er tale om dommer fra andre land må det imidlertid kreves en viss kvalitet. Underrettspraksis fra andre land, vil ikke veie særlig tungt som rettskilde i norsk opphavsrett, mens praksis fra øverste instans derimot kan ha vekt. Også annen internasjonal rettspraksis vil kunne være relevant, særlig pga. de mange internasjonale konvensjonene på området, men også her må det kreves en viss kvalitet.

1.3.6 Interesseorganisasjoner

Det finnes i Norge en rekke interesseorganisasjoner som primært arbeider på rettighetshaverens side. I Norge er det særlig TONO og NCB¹⁷ som arbeider innenfor musikkbransjen. Internasjonalt kan nevnes IFPI¹⁸.

¹⁴ Se Ot.prp.nr.26 (1959-1960), men også videreført i Ot.prp.nr.46 (2004-2005).

¹⁵ Jfr. f.eks. Sirkusteltdommen inntatt i Rt. 1957 s.778 og Electric Circus dommen inntatt i Rt. 1985 s.883. Høyesterett la her betydelig vekt på svenske lovforarbeider under henvisning til det fellesnordiske lovsamarbeidet.

¹⁶ Eckhoff s.290.

¹⁷ Nordisk Copyright Bureau.

¹⁸ The International Federation of the Phonographic Industry.

Organisasjonene kan for eksempel inngå avtaler og forvalte vederlagskrav, på vegne av rettighetshavere som er tilsluttet organisasjonen. I tillegg har de innflytelse på lovgivningen, gjennom funksjon som høringsinstans.

1.3.7 Juridisk teori

Det finnes mye juridisk teori om opphavsrett, men ikke så mye av den er oppdatert på den siste teknologiske utviklingen. Det materialet som foreligger vil imidlertid ha relativt stor vekt på et ellers uklart rettsområde, uten for mye rettspraksis. I tillegg til det som foreligger i norsk teori, kan også viktig informasjon hentes fra nordisk teori, både som følge av det fellesnordiske lovsamarbeidet og omfattende internasjonal lovgivning og konvensjoner.

2 Generelt om opphavsrett

I forarbeidene til åndsverkloven er opphavsrett definert som: *den tidsbegrensede rett forfattere, komponister, skapende kunstnere og andre opphavsmenn har til sine verk.*¹⁹

Opphavsretten gir opphavsmannen omfattende eneretter til verket, og er derfor et meget viktig virkemiddel for utnyttelsen av verket. En av grunntankene bak opphavsretten er at det er en slags ”belønning for strevet” til opphavsmannen, ved at han gis en tidsbegrenset eiendomsrett til verket. Dette bygger på alminnelige rimelighetsbetraktninger.

Samtidig gis opphavsmannen et incentiv både til å offentliggjøre sine verk, ved at han tildeles økonomiske og ideelle rettigheter til åndsverket, og til å fortsette å skape nye verk. Dette gjør at opphavsretten også kommer samfunnet til gode.

Opphavsretten bygger således på en balansegang mellom hensynet til opphavsmannen og hensynet til allmennheten.

For å ha opphavsrett i en ting, må tre kumulative vilkår foreligge.

Etter åndsverkloven § 1 (1) er det for det første skapere av *åndsverk* som gis opphavsrett.

Hva som menes med åndsverk presiseres nærmere i andre ledd, som alle: *litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk av enhver art uansett uttrykksmåte og uttrykksform.*

Videre oppstilles det en ikke uttømmende liste over typer åndsverk i tredje ledd, bl.a. musikkverk i pkt. 4). Leses ordlyden isolert, vil så og si alt kunne falle innenfor begrepet åndsverk. Imidlertid kreves det for det andre at åndsverket har en viss *verkshøyde*, eller *originalitet*. Kravet til verkshøyde har ikke kommet til uttrykk i § 1, men er innfortolket i begrepet ”åndsverk”. Verkshøydekravet forutsetter at det må skapes noe subjektivt nytt. Eller sagt på en annen måte, må verket være et resultat av skaperens kreativitet. Det stilles

¹⁹ Ot.prp.nr.15 (1994-95) s.7

imidlertid ikke noe kvalitetskrav til det skapte, så lenge verket er frembrakt ved opphavsmannens åndelige virksomhet.²⁰

Opphavsretten beskytter ikke mot dobbeltfrembringelser. Dvs. der to opphavsmenn har laget to identiske verk, uavhengig av hverandre og uten kunnskap om hverandres verk. Sannsynligheten for slike situasjoner er imidlertid meget liten.

Det vil ikke ha noen innvirkning på verkshøydekravet at musikkverket er digitalisert og lastet opp på Internett. Verkshøyde vurderes konkret for det verk det gjelder, uansett hvilket medium som bærer det.²¹

Det tredje vilkåret er at verket må være *frembrakt*, for å ha vern. Med frembringelse menes at verket må ha kommet til uttrykk på en eller annen måte. I teorien er dette definert som et todelt krav: *først må verket ha kommet til en ytre realitet, og det må ha en viss blivende karakter.*²² Det kreves imidlertid ikke at verket er fiksert, dvs. at det har kommet til fysisk realitet. Opphavsrett oppstår i det øyeblikk musikken kommer til en ytre realitet f.eks. ved at en pianist spiller, uten at verket også må være fiksert. Eksempel på en fiksering er et lydopptak.

Opphavsmannens økonomiske rettigheter er hjemlet i åndsverkloven § 2. Bestemmelsen gir opphavsmannen enerett til å råde over åndsverket gjennom eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten.

2.1 Retten til eksemplarframstilling

Opphavsmannen har en eksklusiv rett til å fremstille nye eksemplar av verket, jfr. åndsverkloven § 2 (1). Bestemmelsen i § 2 er generell, men det avgrenses mot eksemplarframstilling til privat bruk, i en egen bestemmelse i åndsverkloven kap. 2, jfr. § 12. dette vil bli behandlet nærmere nedenfor i pkt. 2.3.

Det som her må vurderes er hva som utgjør et ”eksempplar”.

²⁰ Rognstad og Lassen 2004, s.29.

²¹ Wagle og Ødegaard, s.125.

²² Wagle og Ødegaard s.109.

De rene fysiske kopier er utvilsomt omfattet av eksemplarbegrepet og det er nok at det kun fremstilles ett eksemplar. Det er videre uomtvistet at det ikke kreves en fremstilling av hele verket. Retten til eksemplarframstilling gjelder også for delvis reproduksjon av verket. Etter åndsverkloven § 2 (2) regnes også *overføring til innretning som kan gjengi verket*, som eksemplarframstilling. Annet ledd ble opprinnelig inntatt med tanke på båndopptakeren, men medfører også at det ikke bare er de synlige fysiske kopier som omfattes, men også lagring f.eks. på den faste magnetplaten²³. Eksemplaret må således ikke være umiddelbart synlig.

Men hvor går grensen for hva som etter gjeldende rett anses som et eksemplar? Det har herunder, frem til åndsverkloven § 2 ble endret tidligere i år, særlig vært diskutert hvorvidt de midlertidige eksemplar var omfattet av eksemplarbegrepet.

Gjeldende norsk opphavsrett må presumeres å være i samsvar med det som følger av våre internasjonale forpliktelser. Det kan derfor være nyttig å tolke loven i lys av internasjonale konvensjoner. Bernkonvensjonen art. 9 verner opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling. Fra art. 9 (1) følger:

authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

Bestemmelsen gir ikke noen nærmere presisering av hva som ligger i "eksemplar", men ordlyden angir en meget omfattende reproduksjonsrett jfr. *any manner or form*.

Videre heter det i art. 9 (2):

It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

²³ Magnetplaten (ev engelsk: hard disk drive) er datamaskinens lagringsstasjon. Alle data lagres her, også når maskinen er slått av.

Art. 9 (2) er den såkalte *tretrinns testen*, som gir det enkelte medlemsland en viss diskresjon til selv å bestemme hva som skal omfattes av retten til eksemplarframstilling.

Tretrinns testen vil bli nærmere omtalt i det følgende.

Infosoc-direktivet art. 2 viderefører linjen fra Bernkonvensjonen:

Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part.

Infosoc gir således vern for både varige og midlertidige eksemplarer, m.a.o. alle former for fiksering. Dette følger i dag også av åndsverkloven, jfr. ny § 2.

I teorien er eksemplarbegrepet definert slik at det kreves fiksering av en viss varighet og selvstendighet²⁴. Et midlertidig eksemplar vil således i utgangspunktet utgjøre et eksemplar i åndsverklovens forstand, så fremt fikseringen har tilstrekkelig varighet og selvstendighet. Sondringen mellom de varige og midlertidige eksemplarer volder problemer iht. spørsmålet om hvorvidt innlasting i RAM²⁵, utgjør en eksemplarframstilling.

For at en datamaskin skal kunne behandle data, må disse data være tilgjengelig i maskinens RAM. Eller sagt på en annen måte, vil det som maskinen til enhver tid arbeider med, være lagret i maskinens RAM.

RAM er maskinens fysiske arbeidsminne og blir som regel angitt i megabyte, som viser hvor stor lagringskapasitet maskinen har. De fleste maskiner har relativt lite RAM, fordi høy lagringskapasitet er dyrt. Datamaskinen må utnytte minnekapasiteten så effektivt som mulig og vil derfor hele tiden foreta prioriteringer for hvordan den knappe plassen skal utnyttes. Et program som ikke er i bruk vil for eksempel skyves ut av minnet, til fordel for et program som er i bruk. Prioriteringene foretas av maskinens sentralenhet²⁶.

²⁴ Se Stray Vyrje, s.198, Wagle og Ødegaard, s.153.

²⁵ RAM; "Random Access Memory".

²⁶ Sentralenheten er maskinens prosessor (av engelsk; CPU Central Processing Unit). Prosessoren utfører instruksjoner fra maskinens internt lagrede programmer.

Moderne maskiner har også det som kalles virtuelle minne. Det virtuelle minnet gjør at maskinen kan kopiere inn de data som brukes langt raskere. Lagringer og utskiftninger skjer så raskt at brukeren, ikke nødvendigvis vil vite hva som til enhver tid er lagret i maskinens RAM.²⁷

Forarbeidene²⁸ omtaler kopier lagret i RAM, som *flyktige kopier*. At kopiene er flyktige, har tidligere vært tatt til inntekt for at de i norsk rett ikke kan anses som ”eksemplar”, i opphavsrettlovens forstand. Som nevnt ovenfor kreves det at kopien har en viss varighet og selvstendighet.

Infosoc-direktivet art. 5 (1) inneholder en rekke avgrensninger av retten til eksemplarframstilling. I bestemmelsen litra a-b heter det:

Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental and an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable

a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or

b) a lawful use

of a work or other subject matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.

Av fortalen (pkt.33) fremgår at formålet med unntaket er å sikre at nettlæsning (”browsing”) og mellomlagring på maskinen (”caching”), ikke hindres av retten til eksemplarframstilling.

I forhold til musikkformidling på Internett, vil det der musikken avspilles direkte fra nettsiden; såkalt ”streaming on demand”, skje en midlertidig lagring. Tjenermaskinen sender fortløpende signaler til brukerens maskin, slik at musikken kan avspilles uten avbrudd. Disse signalene vil lagres i maskinens RAM så lenge musikken avspilles.

Etter gjennomføringen av Infosoc-direktivet art. 5 (1) i norsk lov ved ny § 11 a, vil slike midlertidige kopier avgrenses fra retten til eksemplarframstilling i åndsverkloven § 2, fordi

²⁷ Bing 1995, s. 609.

²⁸ NOU 1986:18 s.20.

de tilfredsstillende kravet til at eksemplaret skal utgjøre en integrert og vesentlig del av den tekniske prosessen, jfr. åndsverkloven § 11 a.²⁹

Imidlertid vil såkalt "streaming on demand" etter norsk rett som regel være å anse som en fremføring. Der fremføringen skjer utenfor det private område jfr. § 2 (3)³⁰, vil det ikke være nødvendig å ta stilling til om det midlertidige eksemplaret faller innenfor retten til eksemplarframstilling.³¹

Etter siste lovendring, er det nå presisert i åndsverkloven § 2 at også midlertidige eksemplarer er omfattet av retten til eksemplarframstilling. Problemstillingen har derfor mistet mye av sin aktualitet.³²

Som vi skal se, skjer det ingen eksemplarframstilling ved opprettelse av hyperlenker. Dette blir behandlet nærmere i pkt. 4.2 nedenfor.

2.2 Tilgjengeliggjøring for allmennheten

Et verk kan gjøres tilgjengelig for allmennheten på forskjellige måter. Etter åndsverkloven § 2 (3) vil verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når:

- a) eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten*
- b) eksemplarer av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller*
- c) verket fremføres offentlig.*

I forarbeidene fra loven ble vedtatt i 1961, fremgår det at eneretten til tilgjengeliggjøring omfatter enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på. Tredje ledd var derfor

²⁹ Jfr. Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.17.

³⁰ Se pkt. 2.2 nedenfor.

³¹ Bing 1995, s.611.

³² Walle, s.56.

trolig ikke ment å gi noen legaldefinisjon av tilgjengeliggjøringsbegrepet.³³ Dette kommer også til uttrykk i Høyesteretts avgjørelse i Napster.no-dommen.³⁴

Ut fra forarbeidene til siste lovendring, synes det likevel som om oppregningen i tredje ledd faktisk er uttømmende.³⁵ Nordisk rettspraksis og juridisk teori gir støtte til en slik forståelse. I den svenske Mp3-dom I kom Högsta domstolen til at pekerne verken kunne klassifiseres som spredning eller visning, og måtte derfor i alle tilfelle subsumeres under retten til fremføring.³⁶ I norsk teori gir både Wagle og Ødegaard³⁷ og Rognstad³⁸, klart uttrykk for at bestemmelsen i tredje ledd er uttømmende. Fra dansk teori kan det vises til Schönning.³⁹

Jeg vil i det følgende legge til grunn at bestemmelsen i åndsverkloven § 2 (3), er uttømmende. Dvs. at pekere må klassifiseres som enten spredning, visning eller fremføring, for at det kan være tale om et pekeransvar for selvstendig opphavsrettkrenkelse. Videre følger det av forarbeidene at tilgjengeliggjøring er teknologinøytralt begrep.⁴⁰

Til forskjell fra retten til eksemplarframstilling, sonderer § 2 (1) mellom tilgjengeliggjøring til allmennheten og privat.

Det må da avklares hva som menes med ”gjøre det tilgjengelig for allmennheten”. Dersom første ledd ses i kontekst med tredje ledd, tyder det på at ”allmennheten” anvendes antonymt med ”det private området”. Begrepene vil således utelukke hverandre.

Offentliggjøring av et verk på et allment tilgjengelig sted, for eksempel fremføring av et dikt på åpen gate, vil helt uproblematisk måtte anses som ”utenfor det private område”. I motsatt ende av skalaen, vil fremføring av diktet innenfor hjemmets fire vegger, normalt

³³ Ot.prp.nr.26 (1959-60).

³⁴ Rt. 2005 s.41.

³⁵ Jfr. Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.140.

³⁶ NJA: 2000 s.292. Dommen vil bli nærmere behandlet nedenfor i pkt. 4.2.1.

³⁷ Wagle og Ødegaard s.148.

³⁸ Rognstad 1999, s.71.

³⁹ Schönning 1998, s.124 og 141.

⁴⁰ Ot.prp.nr.46 (2004-2005). S.19.

anses som innenfor ”det private område”. De fleste tilfelle vil imidlertid befinne seg i gråsonen, midt på skalaen.

Hvorvidt et bestemt tilfelle er innenfor eller utenfor det private område, beror på en vurdering av hvem, og hvor mange som har mulighet til å gjøre seg kjent med verket. Desto mindre og mer lukket kretsen av tilskuere er, jo mer unaturlig blir det å betegne det som ”allmennheten”. For eksempel skriver Bryde Andersen at begrepet ”almenheden” i utgangspunktet er et spørsmål om den krets som nås gjennom tilgjengeliggjøringen, kan avgrenses som ubestemt.⁴¹ For eksempel ble fremføring av musikk for medlemmer av fritids- og ungdomsklubber, ikke ansett som offentlig fremføring av dansk høyesterett.⁴² Om gruppen av mottakere er sluttet eller ikke, vil imidlertid kun være ett moment i vurderingen.

I grensetilfelle kan det nok spille inn hvor mange mennesker som faktisk nås, men det numeriske antallet er prinsipielt ikke avgjørende.⁴³

I en upublisert voldgiftsavgjørelse⁴⁴ fra 1989, trekker ”Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram”, opp grensene for hva som faller innenfor ”allmennheten”. Tvisten gjaldt rekkevidden av det som da var åndsverkloven § 20 a (nå § 34), jfr. § 2, og spørsmål om de saksøkte borettslagene hadde plikt til å betale vederlag til saksøker for overføring av svenske fjernsynssendinger fra fellesantenneanlegg. Borettslagene hadde alt fra mellom 28 til 1146 abonnenter. Nemnda fant at det ved mellom 15 og 35 tilknyttede boliger var en ”gråson” for hva som omfattes av ”allmennheten”. Over 35 boenheter ville som hovedregel rammes, mens under 15 boenheter i utgangspunktet måtte regnes som en ”privat krets”. Innenfor gråsonen ville en konkret vurdering være nødvendig. Herunder ville særlig tettheten i miljøet og beboernes daglig samkvem, være relevante momenter. Grensene ble trukket ut fra en antagelse av at en husstand i et vanlig borettslag, gjennomsnittlig består av 3-4 personer. Den nedre grense skulle derfor bli 50-60 personer, og den øvre grense mellom 100-150.

⁴¹ Bryde Andersen 2001, s.313.

⁴² U 2000.2099 H

⁴³ Bryde Andersen 2001, s.313-314.

⁴⁴ Deler av avgjørelsen er gjengitt og kommentert i NIR 1989, s.369-373.

Fra rettspraksis er også Bedriftsmusikkdommen⁴⁵ relevant. Dommen er riktignok avsagt under den gamle åndsverkloven fra 1930, men i forarbeidene til 1961-loven er det uttalt at den samme praksis skulle følges. I Bedriftsmusikkdommen var spørsmålet om fremføringer på arbeidsplasser med mer enn 150 ansatte, var å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten eller ikke. Retten uttalte at både bedriftens størrelse og tilknytningen mellom de ansatte måtte vurderes. Ved vurderingen av de ansatte uttaler retten videre at det kan tenkes bedrifter hvor forholdene er så intime, at det vil være naturlig å sammenligne med familiekreten eller lignende sluttet krets. Faktum i saken var imidlertid slik at fremføringene ble ansett for å være offentlige. Det sentrale i dommen er likevel at dersom tilskuerne tilhører familiekreten eller lignende sluttet krets, vil det trolig være innenfor det private område.

Det avgjørende for om tilgjengeliggjøringen er offentlig eller privat, avhenger bl.a. av tilknytningen mellom den som gjør verket tilgjengelig og mottakeren, ikke de ulike mottakerne i mellom. Herfra kan det slutes at når tilgjengeliggjøringen skjer til medlem av familie, nære venner og bekjente, vil det være innenfor det private området. Hvem som er ”nære venner og bekjente”, må vurderes konkret.

Som problemstilling angir vil avhandlingen konsentrere seg om retten til offentlig fremføring, under den overordnede retten til tilgjengeliggjøring. Jeg vil derfor i det følgende først drøfte forholdet mellom visning og fremføring, for så å drøfte forholdet mellom spredning og fremføring.

2.2.1 Forholdet mellom visning og fremføring

Den alminnelige språklige forståelsen av *offentlig visning*, er at eksemplaret fysisk vises for allmennheten, slik at et tilstedeværende publikum kan beskue verket. Dette vil typisk være tilfellet ved en utstilling på et galleri.

Et spørsmål som har skapt diskusjon er hvorvidt gjengivelse av åndsverk i skjermbildet på en dataskjerm, må karakteriseres som visning eller fremføring?

⁴⁵ Rt. 1953 s.633.

Fra forarbeidene følger at dersom det dreier seg om gjengivelse av tekst på skjerm, må dette betraktes som fremføring. Det er nemlig tekstens informasjon og ikke utseende som er det sentrale. I tillegg kan de tegn som vises på dataskjermen være helt annerledes enn i originaleksemplaret. Dette er det også internasjonal enighet om.⁴⁶

Bing legger til grunn at det må være tale om fremføring der det gjelder avspilling av musikk, tale eller annen lyd. Imidlertid anser han det som mer problematisk å trekke grensen mellom visning og fremføring når det gjelder tekst på skjerm. For eksempel der skjermbildet er en nøyaktig gjengivelse av originalen, vil det kunne være naturlig å tale om en visning.⁴⁷ Selv om skjermbildet viser et helt identisk eksemplar av originalen, vil bildet på datamaskinen i realiteten bestå av en bestemt kombinasjon av binære tegn⁴⁸, konvertert slik at det fremvises i skjermbildet som et eksemplar av verket.⁴⁹ Det kan argumenteres mot dette, med at en fotokopi av et verk også består av en konvertering av det originale verkets tegn til bildelementer, som igjen reproduseres på et papir. Fotokopien vil klart nok etter gjeldende rett innebære en offentlig visning. I følge Efskind, gir skjermbildet i utgangspunktet en indirekte gjengivelse av originaleksemplaret, ved at det er de binære tegnene som vises, slik at det brukeren ser i skjermbildet etter konverteringen, er en fremføring. Riktignok kommer Efskind til at både lovens ordlyd og forarbeidene må forstås slik at gjengivelse av billedkunst, fotografiske verk og litterære tekster, omfattes av visningsbegrepet. Han viser dog til at reelle hensyn taler for en innskrenkende tolkning av visningsbegrepet for gjengivelse av digitale verk.⁵⁰

Etter siste lovendring i år, har problemet mistet mye av sin aktualitet. Forarbeidene gjør det klart at visning kun gjelder visning av fysiske eksemplar, uten bruk av tekniske hjelpemidler. Videre vil all indirekte visning, som digital overføring via nettverk og

⁴⁶ Ot.prp.nr.33 (1989-1990), s.8.

⁴⁷ Bing 1995, s.612-613, se også Bryde Andersen 2001, s.320-322.

⁴⁸ Det binære tallsystem anvender kun to symboler, som regel null og ett-tall, som siffer for å representere tall. Alle data som skal behandles av en datamaskin, må være representert ved en binær sekvens, dvs. en bestemt kombinasjon av nuller og ett-tall.

⁴⁹ Wagle og Ødegaard s.182.

⁵⁰ Efskind s.93-94 og s.111.

skjermbildegjengivelse av et eksemplar fra en fysisk bærer, omfattes av fremføringsbegrepet.⁵¹

Det må derfor legges til grunn at overføring i digitale nettverk ikke kan subsumeres under offentlig visning, etter åndsverkloven § 2 (3) litra b).

2.2.2 Forholdet mellom spredning og fremføring

Hvorvidt tilgjengeliggjøring i digitale nettverk må klassifiseres som spredning eller fremføring har vært gjenstand for mye diskusjon.

Etter åndsverkloven § 2 (3) litra a) foreligger spredning når: *eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres*.

Forarbeidene til loven angir at det kreves en besittelsesovergang for å tale om spredning av eksemplar.⁵² Det er imidlertid noe uklart om loven sikter til spredning av ett og samme eksemplar. I så tilfelle må det være det samme eksemplaret som frembys, som senere overføres til brukeren. Ordlyden i åndsverkloven § 2 (3) litra a), kan tolkes i begge retninger. At det uttrykkelig refereres til **eksemplar** av verket (*min utheving*), tyder på at det siktes til overføring av det samme eksemplaret. På den annen side kan det argumenteres for en utvidende tolkning med at oppregningen av spredningshandlinger i § 2 (3) litra a), ikke er uttømmende, jfr. *eller på annen måte spres*.⁵³ Imidlertid fremstår ingen av tolkningene som mer riktig eller naturlig enn den andre.

Forarbeidene har definert spredning som at verket blir *overlatt til en annen*.⁵⁴ Det taler for at det må skje en besittelsesoverføring av det samme eksemplaret. Det synes derfor som om overføring i digitale nettverk ikke omfattes av spredningsbegrepet. Når data overføres i digitale nettverk skjer det ikke egentlig en overføring, men verket kopieres. Tilbyderen vil derfor som regel ikke miste besittelse over verket.

⁵¹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.140.

⁵² Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s.19.

⁵³ Walle s.40-41.

⁵⁴ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s.19.

Fortalen til databasedirektivet⁵⁵, taler for at overføring i digitale nettverk må regnes som fremføring. Det heter i pkt. 33 at:

*whereas the question of exhaustion of the right of distribution does not arise in the case of on-line databases, which come within the field of provision of services, whereas this also applies with regard to a material copy of such a database made by the user of such a service with the consent of the right holder; whereas, unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is **incorporated in a material medium**, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which will have to be subject to authorization where the copyright so provides (min utheving).*

Det følger således av direktivet at online transmisjoner ikke vil være gjenstand for konsumpsjon⁵⁶, fordi det ikke foreligger noe eksemplar i materiell form.

Etter lovendringen tidligere i år, har også sontringen mellom spredning og fremføring mistet sin aktualitet. Det gjøres i forarbeidene klart at litra a) gjelder spredning av fysiske eksemplar, slik at overføring via digitale nettverk regnes som fremføring.⁵⁷

Det må derfor legges til grunn at tilgjengeliggjøring i digitale nettverk subsumeres under retten til offentlig fremføring.

Ved siste lovrevisjon ble det som et ledd i implementeringen av Infosoc-direktivet (art. 3 (1)) tatt inn et fjerde ledd i åndsverkloven § 2, der det heter:

Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.

⁵⁵ Direktiv 96/9/EC

⁵⁶ Konsumpsjon innebærer at opphavsmannen "bruker opp" eneretten sin til åndsverket. Etter åndsverkloven §§ 19 og 20 vil første salg eller utgivelse av eksemplar av verket, konsumere opphavsmannens enerett til å kontrollere det aktuelle eksemplaret.

⁵⁷ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.140.

Bestemmelsen er ment som en praktisk eksemplifisering av hva som omfattes av fremføringsbegrepet og er således ikke en uttømmende oppregning.⁵⁸

I pkt.23 i fortalen til Infosoc art. 3 (1) heter det:

This right should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates.

Ut fra forarbeidene til både åndsverkloven og Infosoc, må det legges til grunn at retten til offentlig fremføring, omfatter stort sett alle måter å kommunisere og overføre verket til allmennheten på.

Offentlig fremføring vil foreligge uavhengig av om det skjer direkte eller ved bruk av opptak. Videre er det tilstrekkelig at verket stilles til rådighet for allmennheten med henblikk på fremføring.⁵⁹ Det kreves således ikke at verket faktisk blir fremført.

Fremføringen vil kunne regnes som offentlig selv om publikum bare består av én person, så fremt denne ikke tilhører den fremførendes private sfære, jfr. ovenfor.

Fremføringens hensikt kan være avgjørende. Den rent utilsiktede fremføring for et publikum utenfor den private sfære, trenger ikke nødvendigvis være offentlig.⁶⁰

2.3 Unntak

Åndsverkloven § 2 (1) oppstiller som nevnt ikke noe krav til situasjonen omkring fremstilling av eksemplar, for at det skal være omfattet av eneretten til eksemplarframstilling. I utgangspunktet vil derfor alle fremstilte eksemplar falle inn under bestemmelsen. Derimot gjøres det en rekke unntak fra retten til eksemplarframstilling i åndsverkloven kap. 2. De prinsipielt viktigste bestemmelsene er her unntak for eksemplarframstilling til privat bruk etter § 12, unntak for eksemplarframstilling til undervisningsvirksomhet etter § 13, konsumpsjon etter § 19 og sitatretten i § 22.

⁵⁸ Jfr. Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.140.

⁵⁹ Karnell i NIR 1973, s.267-286.

⁶⁰ Stray Vyrje s.202.

For denne avhandlingen er det imidlertid bare unntaket for privat bruk som vil ha betydning. Det avgrenses derfor mot de andre.

Åndsverkloven § 12 oppstiller fire vilkår for oppfyllelse. For det første må eksemplaret ikke fremstilles *i ervervsøyemed*, dvs. at fremstiller ikke må ha fremstilling som erverv. Dette henger også naturlig sammen med det fjerde vilkåret, om at eksemplaret må være fremstilt til *privat bruk*. Det som faller inn under ”privat bruk”, vil ikke samtidig kunne være fremstilt ”i ervervsøyemed”. Det er imidlertid klart at ”privat bruk” omfatter noe mer enn bare det som er utenfor ervervsøyemed.

Etter forarbeidene betegnes ”privat bruk” som:

*den personlige bruk på det private område innenfor familie- og vennekretsen. Det legges til grunn at bruk også innenfor andre lukkede private kretser er å anse som privat bruk når det er personlig tilknytningspunkter mellom deltakerne, for eksempel ved at de hører til samme omgangskrets.*⁶¹

Hvem som hører til familien, byr sjelden problemer. Hvor langt ”vennekretsen” og ”samme omgangskrets” kan strekkes er mer problematisk. Særlig vanskelig er spørsmålet iht. til de omgangskretser som dannes på Internett. I Direct Connect-dommen ble tiltalte ikke hørt med at eksemplarene var fremstilt til privat bruk, etter åndsverkloven § 12. Retten la vekt på at tiltalte hadde tillatt fildeling med personer han åpenbart aldri tidligere hadde hatt samtaler med. Det forelå derfor ikke slike personlige bånd som må forutsettes foreligge for at bruken er privat.⁶² Dette betyr imidlertid ikke at personer som kun har møtt hverandre på Verdensveven, ikke kan utgjøre en privat krets. Hvert tilfelle må vurderes konkret. Videre er det et vilkår etter § 12 at det kun fremstilles *enkelte eksemplarer* av verket. Om dette er oppfylt, må vurderes konkret under en avveining av brukerens behov og rimeligheten av den aktuelle eksemplarfremstilling, mot opphavsmannens interesser i

⁶¹ Ot.prp.nr.15 (1994-95) s.38.

⁶² TOSLO-2004-94328, omtalt i pkt. 4.2.4 nedenfor.

vanlig utnyttelse av verket.⁶³ I visse situasjoner, kan fremstilling av to eksemplar falle utenfor *enkelte eksemplar*.

Til slutt kreves det at det beskyttede *verket er offentliggjort*. Etter åndsverkloven § 8 (1) vil et verk være offentliggjort når det *med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten*.

Det har tidligere vært diskutert om det bak avgrensningen i åndsverkloven § 12, ligger et krav til lovlig kopieringsgrunnlag. I så tilfelle vil det ikke være tillatt å kopiere musikk som er ulovlig opplastet, selv om det kopieres til privat bruk. Når det i åndsverkloven § 8 kreves at åndsverket må være offentliggjort med opphavsmannens samtykke for å anses som offentliggjort, siktes det ikke til det enkelte eksemplar, men til selve verket, jfr. *et åndsverk*. Det er åndsverket i seg selv som må være offentliggjort. Et krav til lovlig kopieringsgrunnlag etter § 12, kan således ikke utledes fra henvisningen til § 8. I Direct Connect-saken⁶⁴, gav tingretten uttrykk for at det etter gjeldende rett ikke kreves lovlig kopigrunnlag. Dette ble ikke begrunnet nærmere.

Åndsverkloven § 12 må imidlertid også ses i sammenheng med Norges internasjonale forpliktelser. Både TRIPS art. 13 og WCT art. 10 viderefører den såkalte tretrinns testen fra Bernkonvensjonen art. 9 (2), men utvider testen til å gjelde også begrensninger i retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten. Bernkonvensjonen art. 9 (2) omfatter kun begrensninger i reproduksjonsretten. Testen innebærer at Norge ikke kan begrense opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling utover i de: (1) særlige tilfelle; (2) som ikke på skadelig måte påvirker den normale utnyttelse av verket; og (3) som ikke på urimelig måte gjør inngrep i opphavsmannens legitime interesser.

Schønning anfører at det særlig for digital kopiering, må kreves lovlig kopigrunnlag etter ”privat bruk” unntaket. Han begrunner dette med at å anse kopiering av ulovlig opplastet materiale til privat bruk som lovlig kopiering, ville harmonere dårlig med tretrinns testen i tillegg til å undergrave det opphavsrettslige vern.⁶⁵ Også Westman gir uttrykk for dette.⁶⁶ I

⁶³ Wagle og Ødegaard s.294.

⁶⁴ Omtalt i pkt. 4.2.4 nedenfor.

⁶⁵ Schønning 2000, s.503.

⁶⁶ Westman i Lov & data 62/2000.

norsk rett har bestemmelsen om kopiering til privat bruk, imidlertid vært tolket annerledes. Før loven ble endret tidligere i år⁶⁷, gjaldt det ikke noe krav til lovlig kopigrunnlag etter norsk rett. Derimot er åndsverkloven § 12 etter lovendringen, nå gjort betinget av at lovlig kopieringsgrunnlag benyttes, jfr. fjerde ledd. Kopieringsgrunnlaget må således være fremstilt med hjemmel i lov eller med samtykke fra rettighetshaver. Videre gjøres det forbudt å fremstille eksemplar til privat bruk etter en omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer. Etter åndsverkloven § 54 (2) straffes kun forsettlig overtredder av § 12 (4). Tilsvarende endring er også gjort i den svenske opphavsrettloven, se pkt. 4.2 nedenfor.

Etter siste lovendring har opphavsmannen nå krav på *rimelig kompensasjon* for de begrensninger som følger av § 12. Kompensasjonen vil bli gitt gjennom årlige bevilgninger over statsbudsjettet avsatt til et fond, jfr. § 12 (1) tredje punktum. Endringen var nødvendig for å kunne opprettholde avgrensningen i § 12, i forhold til implementeringen av Infosoc-direktivet art. 5 (2) b). Bestemmelsen i direktivet er basert på tretrinns testen i Bernkonvensjonen art. 9 (2).

2.4 Hvem er opphavsmann?

Etter åndsverkloven § 1, er det i utgangspunkt alltid ”den som skaper et åndsverk”, som gis opphavsrett til verket. For eksempel vil komponisten gis rettighetene til det musikkverket han har skapt.

Til et og samme åndsverk kan det også være flere rettighetshavere. For eksempel hvis flere personer har bidratt til skapelsen av verket, uten at den enkeltes bidrag kan skilles ut fra de andres, vil de alle ha delt opphavsrett i hele verket, jfr. åndsverkloven § 6. Der de enkelte bidrag kan skilles ut som egne åndsverk, vil de få opphavsrett isolert til sitt eget bidrag. Et illustrerende eksempel er et musikkstykke som er produsert og utgitt på for eksempel en

⁶⁷ Lov 17. juni 2005 nr.97.

kompaktplate⁶⁸. Det må imidlertid skilles mellom opphavsrett og de nærstående rettigheter til verket.

2.5 Nærstående rettigheter

Når det her er tale om musikkverk, vil åndsverkloven § 42 om utøvende kunstneres - og § 45 om fonogramprodusenters rettigheter være særlig relevante i lovens kap. 5.

Åndsverkloven § 42 gir vern til kunstnere som fremfører litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk, og det er selve fremførelsen av åndsverket som vernes. Det avgjørende for om utøvelsen er vernet eller ikke er om den er av *kunstnerisk art*. I dette ligger ikke noe krav til fremførelsens kvalitet, men mer et krav til at intensjonen bak fremførelsen er å gi en kunstnerisk opplevelse.⁶⁹ Det vil derfor være svært mye som faller innenfor § 42.

Fremføringer på det mer trivielle plan faller imidlertid utenfor.

Etter § 42 (1) har utøvende kunstnere enerett til både primær (litra a), og sekundær (litra b), eksemplarframstilling av fremføringen, samt rett til å gjøre fremføringen eller opptaket av den, tilgjengelig for allmennheten (litra c). Litra c) henviser imidlertid til åndsverkloven § 45 b hva gjelder offentlig fremføring av utøvelsen og opptaket, med mindre den enkelte selv kan velge tid og sted for fremføringen, dvs. ved såkalte på-forespørseltjenester. For andre former for offentlig fremføring, gjelder den begrensning som følger av § 45 b. Etter § 45 b kan lydopptak av utøvende kunstneres utøvelse, gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring mot vederlag.

Åndsverkloven § 45 gir fonogram- eller filmprodusenter enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten av lydopptak og film. Retten til offentlig fremføring er imidlertid underlagt de begrensninger som følger av § 45 b, med unntak for fremføring ved såkalt på-forespørseltjenester.

⁶⁸ En kompaktplate (av engelsk: Compact Disc) er en optisk disk for lagring av digitale data. Kompaktplaten ble opprinnelig oppfunnet for å lagre lyd, men benyttes også som et datalagringsmedium. Kompaktplaten blir populært kalt CD.

⁶⁹ Eidsvold Tøien s.36-37.

Bakgrunnen for å gjøre særskilt unntak for på-forespørseltjenester var fra lovgiver et ønske om å sikre at rettighetshavere kan i større grad på en sikker måte kan tilby sine verk og arbeider i digitale nettverk.⁷⁰ Offentlig fremføring av audiovisuelle opptak er heller ikke underlagt begrensningene i § 45 b.

Retten til eksemplarframstilling verner ikke bare mot direkte kopiering, men også mot kopiering kombinert med bearbeidelser av opptaket.⁷¹

Generell rett til tilgjengeliggjøring for allmennheten, ble tatt inn i §§ 42 og 45 ved lovendring⁷² tidligere i år.

Åndsverkloven §§ 42 og 45 må imidlertid leses i lys av § 54 (1) litra d), som gjør det straffbart å fremby eller på annen måte tilgjengeliggjøre for allmennheten opptak som nevnt i bl.a. §§ 42 og 45, hvis opptaket er ulovlig fremstilt. Det sondres således mellom lovlige og ulovlige fremstilte eksemplar. Bestemmelsen er i første omgang ment å ramme spredning av piratkopier.

Det kan være noe uklart hvem som er ”tilvirker” etter § 45. I WPPT art 2 (d) er fonogramprodusent definert som:

the person, or the legal entity, who or which takes the initiative and has the responsibility for the first fixation of the sounds of the performance or other sounds, or the representation of sounds.

Tilvirkeren kan således være både fysiske og juridiske personer. Det avgjørende er om personen har vært involvert i den første fikseringen av lydopptaket. Bestemmelsen verner således de mer tekniske og organisatoriske bidrag til et lydopptak, mens det kreative som regel vil få vern ved andre bestemmelser.⁷³

⁷⁰ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s.10.

⁷¹ Ot.prp.nr.15 (1994-1995), s.170-171.

⁷² Lov 17. juni 2005 nr.97.

⁷³ Walle s.19-20.

Det er klart at digitale innspillinger er omfattet av både åndsverkloven §§ 42 og 45. Hvilket medium opptaket gjøres på, må være underordnet. Dette er også sikker rett i resten av de nordiske land.⁷⁴

Som vist ovenfor, er rettighetshaverens vern etter åndsverkloven §§ 42 og 45, styrket ved siste lovendring iht. utnyttelse i digitale nettverk. Imidlertid har utøvende kunstnere, fonogram- og filmprodusenter fortsatt i dag en begrenset rett til tilgjengeliggjøring for allmennheten i form av offentlig fremføring.

⁷⁴ Wagle og Ødegaard s.376.

3 Opphavsrett på Internett

Internett er som nevnt verdens største nettverk av datamaskiner. Nettverket består av millioner av maskiner som er tilknyttet hverandre via telefonlinjer, som gjør det mulig å kommunisere mellom maskinene.

Data overføres i nettverket, ved at materialet kopieres fra en maskin til en annen, via telefonlinjene. Internett er et åpent nettverk. Informasjon som er lagret på en maskin i nettverket, er derfor i utgangspunktet tilgjengelig for kopiering for alle brukere. Data som først er lastet opp på Nettet, kan siden kopieres utallige ganger og i realiteten spres over hele kloden i løpet av få sekunder. Hvor lang tid det tar å overføre data, avhenger av brukerens båndbredde⁷⁵.

Internett mangler en overordnet kontrollinstans og ble tidligere hevdet å være anarkistisk og usensurert. Dette er en sannhet med modifikasjoner og er vel nå mer et ekko fra fortiden. For det første gjelder nasjonale regler også for handlinger på Internett.⁷⁶ Siden nettverket er verdensomspennende vil det imidlertid ofte oppstå interlegale spørsmål ved en rettslig tvist. Dvs. spørsmål om hvilket lands lover som skal anvendes på en aktuell tvist. Dette vil som nevnt innledningsvis, ikke bli behandlet her.

For det andre er store deler av Internett regulert ved avtale og således underlagt alminnelige avtalerettslige regler. I tillegg har sentrale Internett-aktører opprettet fellesorganisasjoner til administrasjon og ledelse av Nettet. På den måten er Internett likevel underlagt en form for overordnet styring.⁷⁷

Internetts uoversiktlige struktur skaper problemer for opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Opphavsmannen har begrensede muligheter til å kontrollere utnyttelsen av verket på Internett. Internett

⁷⁵ Båndbredden angir Internett-tilkoblingens kapasitet til å overføre data. Jo større båndbredde, desto fortere kan data overføres. Båndbredde angis i antall bits per sekund, kilobits (kb) og megabits (Mb).

⁷⁶ Wagle og Ødegaard s.96.

⁷⁷ Wagle og Ødegaard s.97.

innebærer derfor en potensiell trussel for opphavsmannens økonomiske rettigheter. Det er derfor grunn til å vurdere behovet for et særlig vern av digitaliserte verk.

3.1 Særlige hensyn for digitale verk?

Det er mange ulike faktorer som har bidratt til at nettbasert formidling av musikk har fått den enorme tilslutning vi ser i dag. For det første har teknologien nå kommet så langt at det ved digital kopiering, er tilnærmet umulig å skille kvalitetsmessig mellom original og kopi av et musikkverk. Man sier gjerne at det ikke skjer, eller i alle fall ikke noe nevneverdig, generasjonstap ved digital kopiering. Dvs. at kvaliteten ikke taper seg for hver gang det fremstilles en kopi.⁷⁸

Videre kan musikk nå enkelt komprimeres ned til mindre format, som gjør musikkfiler enklere og raskere å spre. Det vanligste formatet i dag er mp3.⁷⁹ Mp3-formatet komprimerer lyddata i kompaktplateformat ned til en tiendedel av lagringsplassen.

Komprimering skjer dog ikke helt uten generasjonstap. Kvalitetsforringelsen vil imidlertid sjelden kunne høres av det blotte øre. I takt med utviklingen av komprimeringsteknikker, har brukernes båndbredde økt, slik at mp3-filer med musikk, kan kopieres og lastes ned over Internett i løpet av få sekunder.

Mye av den musikkformidlingen som skjer på nettet, er også gratis. Nettstedene formidler musikken kostnadsfritt, men tar inntjening via reklame- og annonseinntekter. Det er derfor viktig for nettstedene å tiltrekke seg mange brukere, slik at annonseplassene blir attraktive for næringslivet.

Samlet har disse faktorene ført til en enorm økning i musikkformidling på nett.

Spørsmålet er hvilke konsekvenser dette har for rettighetshaverne?

For det første kan det føre til betydelig lavere inntekter, som videre kan påvirke rettighetshavernes interesse av å investere i produksjon av nye musikkverk.⁸⁰ En

⁷⁸ Det fremstilles en kopi av originalen, så fremstilles en ny kopi av kopien, så en ny kopi av kopien av kopien etc. Hver kopi utgjør en "generasjon".

⁷⁹ Mp3 (Moving Picture Experts Group, Audio layer 3 Compression Standard).

⁸⁰ Walle s.4.

opphavsmann vil naturlig nok ikke motiveres til å skape og utgi ny musikk, uten utsikter til økonomisk gevinst. Opphavsmannen har således mistet det incentiv opphavsretten søker å gi ham.

Som en ytterste konsekvens kan det trekkes linjer til reduksjon i arbeidsplasser og reduserte statlige inntekter, i form av skatt og avgift.⁸¹

På den annen side er det samfunnsmessig ønskelig at ny teknologi tas i bruk. For omfattende lovregulering på Internett, vil kunne hemme teknologiens utvikling og nytteverdien for samfunnet.⁸²

Det kan også stilles rettspolitiske spørsmål ved behovet for lovreguleringer på dette området. I en høringsuttalelse til siste endring av åndsverkloven, advarte Politiets Fellesforbund mot å vedta regler som ikke lar seg håndheve. Forbundet viste til at dette kan svekke allmennhetens respekt for lov og lovgiver.⁸³ Imidlertid bør, etter min mening, reglenes prinsipielle signaleffekt ikke av den grunn avskrives helt.

Det skal også nevnes at det ikke er ønskelig å strekke det opphavsrettslige vernet for langt i forhold til det internasjonale rammeverk som foreligger. Konsekvensene vil kunne bli store ulikheter mellom nasjonene på et rettsområde der det i stadig større grad handles over landegrenser. Som vi skal se nedenfor har imidlertid både den norske lovgiver og domstol, vært noe mer forsiktige med å ilegge ansvar for krenkelse av opphavsretten i forhold til bruk av Internett, enn trenden har vært internasjonalt.

Til slutt er det et moment om opphavsmannen kan sikre verket ved hjelp av tekniske beskyttelsessystemer, f.eks. kopisperre o.l., som kan hindre omgåelse av opphavsretten. Hvor langt dette kan trekkes er uklart. Slike tekniske og fysiske sperrer vil normalt ha begrenset effekt, fordi teknologien etter hvert som den utvikles gjør det mulige å bryte gjennom sperringene. Videre vil det også kunne hemme brukervennligheten.⁸⁴

⁸¹ Walle s.4.

⁸² Wagle og Ødegaard s.66.

⁸³ Inst.O.nr.103 (2004-2005). Uttalelsen relaterer seg til forslag om å forby nedlasting av ulovlig opplastet musikk fra Internett og kopiering av lovlig kjøpt kompaktplate med kopisperre til mp3-format.

⁸⁴ Wagle og Ødegaard s.68.

De ovenfor nevnte, vil alle være momenter i ved vurderingen av om opphavsmannens eller samfunnets interesser er mest beskyttelseverdige, i konkrete tilfelle.

4 Pekeransvar

4.1 Hva er en "peker"?

Verdensveven er som nevnt en Internett-tjeneste som bygger på hypertextstruktur.

Data som finnes på Verdensveven, fremvises som grafisk presenterte sider på dataskjermen.⁸⁵ Disse sidene er nettsider og er bygget opp av bakenforliggende HTML-koder⁸⁶. HTML-formatet gjør det mulig å lage nettsider kombinert av forskjellige medier, ved å innlemme lenker. En nettside kan således bestå av både tekst, bilde og lyd.

En peker er en henvisning skrevet i hypertextformat. Henvisningen inneholder en bakenforliggende HTML-kode, som angir adressen der dokumentet det henvises til, befinner seg i nettverket. Slike adresser går under betegnelsen URL-adresse⁸⁷ og er basert på et felles adressesystem for alle Internett-tjenester, uansett format. Pekeren kan således referere både til HTML-dokumenter og dokumenter som ikke er skrevet i HTML-format. For enkelthets skyld vil den videre fremstilling kun referere til henvisninger til HTML-formaterte dokumenter.

Pekeren fremstår som et "klikkbart", grafisk element på nettsiden.⁸⁸ Elementet er som regel uthevet i en spesiell farge og understreket.⁸⁹ Når brukeren "klikker" på elementet med venstre museknapp, aktiveres pekeren.⁹⁰

⁸⁵ Wagle og Ødegaard s.575-576.

⁸⁶ Av engelsk: hyper text markup language. HTML er et programmeringsspråk og et format for å lage nettsider på Verdensveven.

⁸⁷ Av engelsk: uniform resource locator. URL er adressen til nettsider. URL-adressen til nettsider på Verdensveven, består av HTTP (hyper text transfer protocol), ressursens adresse og datafilens navn. HTTP gjør det mulig å kommunisere multimedia-dokumenter på Verdensveven.

⁸⁸ www.jus.uio.no er et eksempel på en peker.

⁸⁹ Wagle og Ødegaard s.580.

⁹⁰ Enkelte element må dobbeltklikkes, andre aktiveres med kun ett "klikk".

Når pekeren aktiveres, sender brukerens nettleser en forespørsel til en tjenermaskin i nettverket om å overføre det ønskede elementet til brukerens maskin, ut fra URL-adressen. Når dataene overføres, "tolker" brukerens nettleser automatisk den bakenforliggende HTML-koden, og fremviser de aktuelle dataene på brukerens skjerm i henhold til koden. Pekeren gjør det enklere å navigere på nettet, ved at brukeren slipper å skrive inn nettsidens adresse i adressefeltet.

Internett består av enorme mengder informasjon. Verdensveven binder all denne informasjonen sammen i et nettverk av slike hyperlenker. Verdensveven kan derfor ses på som én stor hyperlenke.⁹¹ Uten nettverket av lenker ville Internett vært svært tungvint å bruke, fordi tjenermaskinene da ikke ville hatt mulighet for å søke fram den relevante informasjon brukeren er ute etter. Hyperlenker er m.a.o. en svært viktig funksjon på Internett og er sterkt medvirkende til at både Internett og Verdensveven har blitt så populært.

Imidlertid har det vist seg at bruk av hyperlenker skaper særlige problemer på opphavsrettens område. Pekere gjør det som nevnt mulig å publisere multimedia på Verdensveven, for eksempel fotografier, film og musikk.

Å opprette lenker på Verdensveven til eget materiale, eller materiale som ikke er lenger har opphavsrettslig vern, er uproblematisk. Annerledes er det ved opprettelse av lenker til materiale som er offentliggjort av andre, eller der andre har rettigheter til materialet. Det er de sistnevnte tilfelle som vil bli behandlet i det følgende.

Pekere kan fungere på forskjellige måter. For det første skilles det mellom pekere som må aktiviseres av brukeren, og pekere som er vevd inn i lenkerens hjemmeside. Pekere som må aktiveres av brukeren, kan videre deles inn i to typer. Enten bringes brukeren til nettsiden der den aktuelle musikkfilen ligger, eller så kan musikkfilen hentes inn til lenkerens hjemmeside, slik at brukeren ikke forlater siden der pekeren ligger.

⁹¹ Wagle og Ødegaard s.413.

I senere juridisk teori opereres det med ulike betegnelser for å illustrere disse forskjellige funksjonene. Wagle og Ødegaard skiller mellom *referansepeker* og *hentepeker*.⁹²

Referansepeker har også av enkelte vært delt inn i *vanlige referansepeker* eller *overflatepeker*, *dyp peker* og *nedlastningspeker*.⁹³

Betegnelsen referansepeker, sikter til en peker som må aktiveres av brukeren og som fører brukeren til det aktuelle nettstedets hjemmeside. Det som skjer rent teknisk, er at brukerens nettleser sender forespørsel til en tjenermaskin om å overføre informasjon fra det aktuelle nettstedet til brukerens maskin, via nettstedets forside. F.eks. var dette tilfellet i Start siden.no-saken, som vil bli behandlet nedenfor i pkt. 4.4.1.

En dyp peker går utenom nettstedets forside og direkte til en bakenforliggende nettside.⁹⁴ Det vil kunne fremstå klarere for brukeren av en overflatepeker at han bringes til en tredjemanns nettside, fordi han bringes til forsiden og derfra selv må navigere seg frem til det aktuelle materialet.

Nedlastningspeker er betegnelse på en dyp peker, som også tilrettelegger for brukerens videre kopiering av musikkfilen.⁹⁵ Dette var tilfellet i Mp3-dom I og II, som blir behandlet nedenfor i pkt. 4.2.

En hentepeker skiller seg fra referansepekeren ved at den er vevd inn i lenkerens nettside. Hentepekeren aktiviseres automatisk når nettsiden pekeren ligger på, lastes ned på brukerens maskin. Brukerens maskin sender så en forespørsel til en tjenermaskin, om å hente inn elementet slik at det fremvises som en del av nettsiden der pekeren ligger. Pekeren refererer således til en bestemt musikkfil. Hentepekeren fungerer m.a.o. slik at opphavsrettslig beskyttet materiale kan lastes ned til brukerens maskin, helt uten at brukeren foretar aktive skritt. For brukeren vil det ikke nødvendigvis fremstå klart at materialet stammer fra en annen nettside, med mindre han sjekker elementets opprinnelige URL-

⁹² Wagle og Ødegaard s.413. Se også f.eks. Hagen og Graasvold 2002.

⁹³ Betegnelsene stammer fra internasjonal terminologi, men har også vært anvendt i norsk teori. Se f.eks. Graasvold 2002, s.82.

⁹⁴ Riis s.154.

⁹⁵ Graasvold 2002, s. 82-83.

adresse.⁹⁶ Hentepekere presenterer i større grad informasjonen som lenkerens egen, enn der brukeren for det første ved å selv aktivisere pekeren og så bli ført til en annen nettside, får indikasjoner på at informasjonen kan tilhøre andre enn lenkeren. Hentepekere representerer derfor også potensielt en krenkelse iht. opphavsmannens ideelle rettigheter.

Skillet mellom de ulike betegnelsene er uten avgjørende betydning for vurderingen av om det objektivt sett foreligger opphavsrettslig krenkelse. Det som imidlertid har betydning for et evt. pekeransvar, er på hvilken måte pekeren gir tilgang til opphavsrettslige beskyttede musikkverk, dvs. pekerens tekniske funksjon. Høyesterett avviste også i Napster.no-dommen⁹⁷ at det har avgjørende betydning om det er tale om den ene eller andre lenketype. Interessant er det derimot hvorvidt brukeren selv aktiverer pekeren eller om denne er innvevd i lenkerens hjemmeside.

Der brukeren selv aktiverer pekeren, vil særlig samspillet mellom pekeren, nettleseren og brukerens aktive handlinger, være interessant for vurderingen.

4.2 Innebærer publisering av pekere en selvstendig opphavsrettslig beføyelse?

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er om det kan tenkes et rettslig ansvar for opprettelse av pekere til opphavsrettbeskyttet materiale på Internett. Med ansvar siktes det i utgangspunktet til økonomisk ansvar, for det tap opphavsmannen lider. Fengselsstraff er mulig, men ikke særlig aktuelt. Idømmelse av fengselsstraff er forbeholdt de aller groveste krenkelser av opphavsretten, og ilegges sjelden. Det er også aktuelt med oppreisning for ikke-økonomisk tap.

For å holde lenkeren ansvarlig, må denne ha foretatt en opphavsrettslig krenkende handling, enten direkte eller indirekte, jfr. åndsverkloven § 54 (3). Indirekte krenkelser behandles nedenfor i pkt. 4.4.

⁹⁶ Svanström s.144.

⁹⁷ Rt. 2005 s.41, se nedenfor i pkt. 4.2.3.

Videre må handling være straffbar og lenkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld. Etter § 54 (1) er skyldkravet forsettlig eller uaktsom overtredelse.

For at rettslig ansvar skal bli aktuelt, må pekeren for det første innebære en beføyelse som faller innenfor opphavsmannens enerett, enten til eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten etter åndsverkloven § 2. Hvis så er tilfelle, vil materialets beskaffenhet kunne ha betydning. Dersom verket er offentliggjort lovlig, enten av opphavsmannen eller andre som har rettigheter til det, blir spørsmålet om det kreves samtykke fra opphavsmannen for å legge ut pekere til verket.

Er materialet i utgangspunktet rettsstridig offentliggjort, må det vurderes om lenkerens handling innebærer en fornyet selvstendig krenkelse.

Det som skal drøftes i det følgende, er om opprettelse av pekere innebærer en selvstendig opphavsrettslig beføyelse etter åndsverkloven § 2.

Pekeren inneholder en henvisning til materiale som er lagret på en tjenermaskin i nettverket. Når pekeren aktiveres, enten av brukeren eller automatisk, vil materialet lastes ned til brukerens maskin og det vil skje enten en permanent lagring på brukerens magnetplatestasjon eller en midlertidig lagring i brukerens RAM. Materialet vil imidlertid ikke på noe tidspunkt lagres på lenkerens maskin. Opprettelse av en peker innebærer således ikke noen eksemplarframstilling hos lenkeren.

Spørsmålet blir så om publisering av pekeren innebærer en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Som vist i pkt. 2.2 ovenfor, må overføringer i digitale nettverk i alle tilfelle subsumeres under retten til offentlig fremføring.

Fremføring i åndsverklovens forstand, omfatter som nevnt alle måter å kommunisere eller overføre verket til allmennheten på. Det betyr at opphavsmannens enerett i utgangspunktet ikke er begrenset til bare å gjelde retten til første offentliggjøring, men omfatter *alle* offentlige fremføringer innenfor vernetiden. Videresending av en kringkastingssending på kabelfjernsyn, er et illustrerende eksempel på dette. Det interessante er om den ansvarlige for transmisjonen på kabelfjernsyn, foretar en fornyet tilgjengeliggjøring for allmennheten av kringkastingssendingen?

Av forarbeidene til åndsverkloven følger at videresending i kabelnett krever rettighetshaverens samtykke.⁹⁸ Fra rettspraksis foreligger en dom fra Gulating lagmannsrett der et kabelselskap ble dømt erstatningsansvarlig for å ha videresendt kringkastingssendinger uten rettighetshaverens samtykke. Retten uttalte at kabelsendingen måtte anses som en selvstendig og ny fremføring av verkene, som krenket saksøkerens rettigheter.⁹⁹ Den ansvarlige for kabeltransmisjonen, foretar således en fornyet tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Opplasting av verk på Internett der verket gjøres alminnelig tilgjengelig, rammes utvilsomt av retten til offentlig fremføring, og krever derfor opphavsmannens samtykke. Tilgangen til verket kan imidlertid begrenses til å gjelde innenfor den private sfære. Det vil i så tilfelle være tale om fremføring på det private område.

Spørsmålet i denne sammenheng er om den som oppretter en peker til et allerede offentliggjort verk, foretar en fornyet offentlig fremføring av verket? Det er dette som er kjernen i det såkalte pekeransvaret. Problemstillingen er i stor grad den samme som over om videresending i kabelfjernsyn, men det som derom ble sagt kan ikke nødvendigvis anvendes analogisk på den foreliggende problemstillingen.

4.2.1 Mp3-dom I¹⁰⁰

Spørsmålet har vært behandlet i norske og internasjonale domstoler først i de senere år. Den første høyesterettsavgjørelsen i verden på dette området, falt i Sverige i 2000.

Faktum var at saksøkte på sin hjemmeside hadde lagt ut pekere til ulovlig opplastede mp3-filer, uten at samtykke var innhentet fra fonogramprodusentene. Musikkfilene var lagret på en annen tjenermaskin i nettverket. Tiltalte hadde således ikke foretatt noen eksemplarframstilling.

Pekerne fungerte slik at brukerne ved å klikke på pekeren, ble ført til det sted der musikkfilene lå, men uten å forlate saksøktes hjemmeside. Brukeren kunne så velge enten å

⁹⁸ NOU 1995:8, pkt. 3.8.

⁹⁹ LG-1994-1093.

¹⁰⁰ NJA 2000:292

kopiere filer med henblikk på avspilling, eller lagre filer på egen magnetplate. Dersom brukeren valgte å få en fil overført, skjedde dette direkte fra den nettsiden der filene lå uten å gå via saksøktes maskin. Dette selv om saksøktes hjemmeside fortsatt vist i skjermbildet.

Spørsmålet for domstolen var om saksøkte kunne holdes ansvarlig for direkte eller indirekte overtredelse av de nærstående rettigheter etter § 46 i den svenske opphavsrettloven¹⁰¹, tilsvarende åndsverkloven § 45. Da saken skulle behandles av Högsta domstolen, begjærte aktoratet å få justert påstanden til å omfatte også andre rettighetshavere enn fonogramprodusentene, f.eks. opphavsmennene. Begjæringen ble avvist.

Slik påstanden var utformet fant retten heller ikke grunnlag for å ta stilling til om den saksøkte hadde medvirket til brukernes ulovlig eksemplarframstilling. Aktoratet hadde nemlig unnlatt å ta med medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling i påstanden.

Högsta domstolen skulle derfor bare ta stilling til om utleggelsen av pekerne innebar en direkte eller indirekte tilgjengeliggjøring for allmennheten, i strid med fonogramprodusentenes rettigheter. Om dette sier domstolen kun i et obiter dictum, at pekerne i alle tilfelle måtte bli å anse som offentlig fremføring etter den svenske opphavsrettloven § 2. Handlingene kunne ikke klassifiseres som verken visning eller spredning, fordi det pga. påstandens utforming ville stride mot strafferettens legalitetsprinsipp å subsumere under en annen form for tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det måtte derfor eventuelt bli tale om offentlig fremføring.

Högsta domstolen foretar dessverre ikke noen nærmere vurdering av om pekerne i det aktuelle tilfellet faktisk innebar en offentlig fremføring i strid med rettighetshavernes enerett. I den svenske opphavsrettloven var nemlig ikke fonogramprodusentene gitt vern mot offentlig fremføring etter loven § 46 jfr. § 47. Saksøkte kunne derfor ikke holdes ansvarlig for utleggelsen av lenkene.

Det var etter domstolens mening uten betydning for avgjørelsen at lydopptakene var ulovlig framstilt. Offentlig fremføring av lydopptak eller medvirkning dertil, var uansett

¹⁰¹ Lag 1960:729.

ikke omfattet av fonogramprodusentenes rettigheter, etter den svenske opphavsrettloven. Nordell¹⁰² stiller seg kritisk til denne slutningen og viser til at det i § 47 var inntatt henvisning både til §§ 8 og 12.¹⁰³ Videre anfører han at det etter § 12 vil ha betydning hvorvidt materialet det var lenket til var lovlig opplastet eller ikke, jfr. henvisningen til § 8. Nordell slutter fra dette at det etter § 12 gjelder et krav til lovlig kopieringsgrunnlag. Det er på det rene at bestemmelsen, i svensk teori av enkelte, har vært tolket slik at det gjelder et krav til lovlig kopigrunnlag. Som vist i pkt. 2.3 ovenfor, kan det ikke fra den norske åndsverkloven § 8, utledes noe krav til lovlig kopigrunnlag. Den svenske opphavsrettloven ble også endret tidligere i år¹⁰⁴ og det ble i den forbindelse inntatt et krav til lovlig kopieringsgrunnlag i § 12 (4). Det er imidlertid noe uklart om det når Mp3-saken var oppe for domstolen, faktisk forelå noe slikt krav.

Dommen har vært kritisert i juridisk teori, for å være avgjort på et mer prosessteknisk enn opphavsrettslig grunnlag, og at den derfor ikke gir særlig avklaring til hvordan pekerproblematikken skal løses.¹⁰⁵ Dels skyldes dette at rammen for domstolens prøving ble for snever pga. påstandens utforming, og at begjæringen om justering av påstanden ble avvist. Westman kritiserer at domstolen ikke i større grad redegjorde for hvilke omstendigheter som var rettslig relevante for rettens slutning. Westman hevder dog at det neppe var Högsta domstolens mening at alle former for lenking skal anses som offentlig fremføring. Det ville i så tilfelle ramme selve hjertet i Internetts system og hindre ett av nettverkets viktigste fortrinn.¹⁰⁶

Högsta domstolen gjorde dessverre ikke det mange hadde håpet på, nemlig å avklare hvorvidt utleggelse av pekere er tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den eneste som kan sluttet fra dommen, er at åndsverkloven § 2 (3) gir en uttømmende oppregning, og at

¹⁰² Nordell i Juridisk Tidskrift 2000.

¹⁰³ Tilsvarende åndsverkloven §§ 8 og 12.

¹⁰⁴ Lag 2005:359.

¹⁰⁵ Se Karnell i NIR 3/2000, s.493-494 og Riis s.159.

¹⁰⁶ Westman 2000.

overføring i digitale nettverk i alle tilfelle må subsumeres under retten til offentlig fremføring, fremfor spredning eller visning.

4.2.2 Mp3-dom II¹⁰⁷

Fra dansk rettspraksis foreligger en underrettsavgjørelse fra 2001. De to saksøkte hadde opprettet pekere til en rekke ulovlig opplastede musikkfiler på sine hjemmesider. Pekerne fungerte tilsvarende som i Mp3-dom I, se ovenfor.

De saksøkte hadde ikke selv lastet opp musikkfiler uten samtykke. Spørsmålet for domstolen var derfor om utleggelsen av pekerne innebar en fornyet tilgjengeliggjøring for allmennheten, evt. medvirkning til brukernes ulovlig eksemplarframstilling. Retten fant at de saksøkte ved utleggelse av pekerne, selvstendig hadde tilgjengeliggjort musikkfilene for allmennheten på en slik måte, som må sidestilles med offentlig fremføring etter den danske opphavsrettloven § 2. Da de saksøkte manglet tillatelse til slik tilgjengeliggjøring, hadde de krenket saksøkernes rettigheter til musikkverkene etter loven §§ 65 og 66.

Videre fant retten at de saksøkte hadde økt mulighetene for at personer som ønsket å kopiere musikk, kunne finne frem til musikken og foreta kopiering på en enkel og hurtig måte. Pekerpubliseringen måtte derfor regnes som medvirkning til brukernes ulovlig eksemplarframstilling. Dette vil bli behandlet nærmere nedenfor i pkt. 4.4.1.

Schlüter og Plesner Mathiasen¹⁰⁸ hevder det fremstår noe konstruert å anse lenkerens handling som en offentlig fremføring, idet det må være klart at lenkeren ikke selv har tilgjengeliggjort verket, men kun har bistått med utbredelsen av det. En slik slutning må i tilfelle bygge på en analogi av bestemmelsen i ohl. § 2 stk.3, nr.3, om offentlig fremføring. Etter deres mening kunne samme resultat vært oppnådd gjennom en medvirkningsbetraktning, og finner dommens begrunnelse iht. medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling mer veloverveide. Bryde Andersen inntar tilsvarende standpunkt.¹⁰⁹

¹⁰⁷ UfR 2001.1572V.

¹⁰⁸ Schlüter og Plesner Mathiasen s.533-534.

¹⁰⁹ Bryde Andersen 2001, s.493.

Etter min mening er det ikke så vanskelig å klassifisere en peker som fornyet offentlig fremføring. Som nevnt ovenfor i pkt. 2.2.2 er jo alle måter å stille et verk til rådighet for allmennheten på, å regne som offentlig fremføring.

Riis presiserer at det av dommen ikke følger at alle pekere til verksbeskyttet materiale er en fornyet offentlig fremføring, siden saken alene relaterte seg til ulovlig opplastet materiale.

Dog er det uklart om retten tilsiktet en sontring mellom pekere til ulovlig og lovlig opplastet materiale. En slik sontring ville være uforenlig med det opphavsrettslige system, fordi fremføringen i seg selv må være det avgjørende, ikke særlige forhold ved det tilgjengeliggjorte verket.¹¹⁰ Når retten vektlegger materialets ulovlige beskaffenhet, sikter den vel til en mer subjektiv vurdering av lenkerens handlinger og rettighetshaverens muligheter til å kontrollere utnyttelsen av verket.

Samme resonnement er også lagt til grunn i norsk rettspraksis, som vi skal se nedenfor.

Den danske dommen er en underrettsdom og vil derfor ha mindre rettskildemessig vekt, jfr. pkt. 1.3.5 ovenfor.

4.2.3 Napster.no¹¹¹

Den eneste avgjørelsen fra norsk høyesterett til nå, falt tidligere i år i Napster saken.

Faktum var at et enmannsforetak, Napster.no, hadde opprettet pekere til beskyttede musikkfiler i mp3-format, på sin hjemmeside. Pekeren måtte aktiveres av brukeren, som så kunne velge å laste ned musikkfilen. Etter at filen var lastet ned, ble brukeren automatisk ført tilbake til saksøktes hjemmeside. Det var uomtvistet at musikkfilene det var pekt til, var ulovlig opplastet på nettet.

I tillegg hadde nettstedet en funksjon som innebar at brukerne selv kunne gi tilgang til andre nettsider der musikkfiler var tilgjengelige, ved å oppgi navn på artist etc. og den aktuelle URL-adressen.

Bruken av Napster.no var gratis.

¹¹⁰ Riis s.157.

¹¹¹ Rt. 2005 s.41.

IFPI Norge, meddelte Napster.no i 2001 om at virksomheten var straffbar, men saksøkte var uenig i dette. Imidlertid slettet han musikkfilene i november 2001.

TONO, NCB og en rekke plateprodusenter tok ut stevning mot nettstedet med krav om erstatning etter åndsverkloven § 55. Prinsipalt ble det anført at lenkene innebar en tilgjengeliggjøring for allmennheten etter åndsverkloven § 2 og § 54 (1) litra d). Subsidiært at saksøkte hadde medvirket til opplasternes ulovlig tilgjengeliggjøring av musikken.

I Sør-Gudbrandsdal tingrett ble saksøkte dømt. Retten fant, med henvisning til Mp3-dom I og II, at lenkene innebar offentlig fremføring i åndsverklovens forstand.

Saken ble anket til Eidsivating lagmannsrett, der saksøkte ble frifunnet. Lagmannsretten bygget på at musikkfilene allerede var gjort tilgjengelige, og at det derfor ikke kunne være tale om offentlig fremføring i strid med åndsverkloven. Videre la retten til grunn at det ikke kunne være tale om medvirkning til opplasternes ulovlige eksemplarfremstilling, da medvirkningshandlingen i så tilfelle ble foretatt etter at hovedhandlingen var avsluttet. Saksøker anket videre til høyesterett.

Et enstemmig Høyesterett fant at saken måtte avgjøres på det subsidiære grunnlaget og at dette måtte føre frem. Det subsidiære grunnlaget blir behandlet nærmere i pkt. 4.4 nedenfor.

Imidlertid gir retten en viss anvisning på hvordan åndsverkloven § 2 og tilgjengeliggjøringsbegrepet må forstås, ved å redegjøre for hvorfor det prinsipale grunnlaget ikke førte frem.

Først legger Høyesterett til grunn at eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ikke går tapt når verket første gang offentliggjøres. Derimot vil videreføring av en annens tilgjengeliggjøring, være å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring.

Høyesterett avviser her lagmannsrettens oppfatning om at når lenkene bare viste til nettsider hvor andre allerede hadde tilgjengeliggjort verkene, kunne det ikke være tale om en tilgjengeliggjøring etter åndsverkloven.

Høyesterett viser så til en uttalelse fra Smartkortdommen¹¹², om at det i juridisk teori oppstilles et krav til at den aktuelle handlingen må gi allmennheten en *noenlunde*

¹¹² Rt. 1995, s.35.

umiddelbar tilgang til verket for at det skal være tale om tilgjengeliggjøring.

Smartkortdommen gjaldt spørsmålet om hvorvidt en selger av piratkort til parabol dekodere, kunne sies å ha bidratt til at fjernsynsprogrammer ble fremført for allmennheten. Retten fant det vanskelig å anse selgeren for selv å ha fremført opphavsrettslig beskyttede verk for allmennheten, ved å selge kortene. Juridisk teori har tolket Smartkortdommen slik at saksøktes handling må gi allmennheten en noenlunde umiddelbar tilgang til verket, for at det skal være tale om tilgjengeliggjøring. Etter min mening vil det imidlertid være en mye større grad av nærhet mellom pekeren og verket det pekes til som var det aktuelle i Napster.no, enn mellom et dekoderkort og en tv-sending, som var faktum i Smartkortdommen.¹¹³

I Napster.no-dommen legger retten til grunn at det ikke vil være avgjørende hva slags peker som brukes; vanlig referansepeker eller dyp peker, men heller hvordan teknikken fungerer og hvordan tilgangen gis. Dvs. at det er pekerens funksjon som må være det sentrale.

Det avgjørende for Høyesteretts valg av avgjørelsesgrunnlag, var vel spørsmålet om hvorfor opprettelse av pekere skal behandles annerledes enn om URL-adressen hvor musikkfilene kan finnes hadde vært nevnt på websiden. Effekten av sistnevnte måte å henvise på, ville uansett være den samme for rettighetshaveren, men er utvilsomt ikke tilgjengeliggjøring i åndsverklovens forstand. Dette ble verken drøftet i Mp3-dom I eller II. Etter min mening har argumentet mye for seg, men bidrar ikke videre til avklaringen av hvor grensene for evt. ansvar må gå. Dersom lenking er tilgjengeliggjøring, mens å opplyse om URL-adressen på websiden uten å opprette lenke, ikke er det, vil det være enkelt å omgå et rettslig ansvar ved å velge sistnevnte metode. På den annen side vil pekere slik som Napster.no hadde opprettet, innebære en større grad av tilgjengelighet. Videre vil en peker i større grad legge til rette for brukerens nedlastning, men det er vel strengt tatt heller et argument for ansvar for medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling.

¹¹³ Se også Graasvold 2005.

Det var uomtvistet at verkene var ulovlig opplastet. Imidlertid presiserer retten at dersom lenkene på Napster.no anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten, vil det måtte gjelde lenking både til lovlig og ulovlig materiale. Forståelsen av pekeren må uansett være den samme. Jeg forstår det slik at retten her sikter til at det er pekeren og hvordan pekeren fungerer som er det sentrale for vurderingen, ikke hvilket materiale det pekes til.

Westman gir uttrykk for det samme i en kommentar til Mp3-dom I. Han anfører at det er irrelevant både hvilken type peker som anvendes og hvilket materialet det pekes til. Enten så utgjør pekere en tilgjengeliggjøring for allmennheten, eller ikke. Verkets beskaffenhet vil bare ha betydning for en evt. vurdering av om tilgjengeliggjøringen er tillatt, for eksempel pga. innskrenkninger i medhold av åndsverkloven kap. 2 eller innfortolkning av et stilltiende samtykke.¹¹⁴ Jeg er enig med Westman i dette. Det vil for en ren objektiv vurdering av om pekeren innebærer en tilgjengeliggjøring, være irrelevant hvilket materiale det pekes til.

Saksøker viste til synspunkter i juridisk teori om at rettighetshavers samtykke kan innfortolkes når materialet er offentliggjort lovlig. Det ville derfor ikke virke negativt på kommunikasjonsvirksomhet på Internett, å anse lenkene på Napster.no som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Høyesterett var enig i at en slik tolkning kan løse mye, men at det også kan oppstå avgrensningsproblemer og uklarhet. I tråd med saksøkers synspunkt stiller Graasvold spørsmål ved om utfallet ville blitt annerledes dersom det hadde eksistert en lovregel om konsumpsjon av fremføringsretten når verket er tilgjengeliggjort med rettighetshaverens samtykke, tilsvarende åndsverkloven §§ 19 og 20. På den måten ville det ikke være nødvendig å innfortolke samtykke.¹¹⁵ Se mer om samtykke i pkt. 4.3 nedenfor.

Høyesteretts valg av avgjørelsesgrunnlag synes å bygge på usikkerhet iht. til hvilke konsekvenser det ville få dersom retten kom til at lenkingen innebar tilgjengeliggjøring i

¹¹⁴ Westman 2000.

¹¹⁵ Graasvold 2005. Se også Rognstad i Festskrift til Mogens Kjørtvedgaard 2003, s.447.

åndsverklovens forstand. Det virker som om retten ønsket å ramme saksøktes handlinger, men at et medvirkningsansvar nok var en enklere måte å gjøre det på.¹¹⁶

Før avgjørelsen falt i Høyesterett i januar, så det ut til at rettsutviklingen gikk i retning av at publisering av pekere på Internett rettslig anses som selvstendig tilgjengeliggjøring for allmennheten, basert på nordisk rettspraksis. Napster.no-dommen har derimot skapt ny usikkerhet.

4.2.4 Direct Connect¹¹⁷

I den seneste avgjørelsen, som falt i Oslo Tingrett tidligere i år, hadde tiltalte driftet tre hub'er¹¹⁸ der fildeling fant sted. Saken gjelder ikke egentlig utleggelse av pekere, men tingrettens drøftelser vil ha relevans også for "pekeransvaret".

Saken har fått tilnavnet Direct Connect, fordi dette var navnet på den programvaren tiltalte benyttet. Programvaren fungerte slik at brukeren sendte forespørsel etter en musikkfil via hub'en, som foretok et søk i fillisten. På bakgrunn av søket opprettet hub'en kontakt med den lettest tilgjengelige brukeren, som også hadde den aktuelle musikkfilen lagret på sin maskin. For øvrig foregikk all kontakt mellom brukerne. Det var således tale om en passiv hub.¹¹⁹ Tiltalte hadde bistått med å plassere hub'ene på maskiner tilhørende Netcom¹²⁰, og senere sørget for å holde hub'ene i drift. Videre hjalp han brukere med tekniske spørsmål og problemer omkring tjenesten.

Tiltalte hadde også tillatt nedlasting av musikkfiler fra sin egen pc, til de han omtalte som sine "venner", uten at han egentlig hadde møtt dem annet enn på Nettet.

Det første spørsmål retten skulle ta stilling til, var om tiltalte direkte eller indirekte hadde overtrådt åndsverklovens bestemmelser, ved å tillate nedlasting av musikkfiler fra sin egen

¹¹⁶ Se også Graasvold 2005.

¹¹⁷ TOSLO-2004-94328.

¹¹⁸ En "hub" er en programvare som gjør det mulig å koble flere datamaskiner sammen i et nettverk, slik at det kan kommuniseres mellom maskinene. Programvaren kan i utgangspunktet installeres på alle maskiner med tilstrekkelig kapasitet.

¹¹⁹ En passiv hub bidrar kun til å opprette kommunikasjonslinjer. En aktiv hub vil også utvikle de data som kommuniseres, for å opprettholde et sterkt signal.

¹²⁰ Hensikten var å kunne benytte Netcoms høyhastighets nettverkslinjer.

maskin (tiltalepost I a). Retten fant det bevist at musikkfilene på tiltaltes pc for det alt vesentlige var opphavsrettslig beskyttede verk, samt at rettighetshavers samtykke ikke forelå for størsteparten av disse filene.

Tingretten viser til Napster.no-dommen, og finner at tiltalte utvilsomt har bedrevet både eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring. Faktum i Napster.no skilte seg fra den foreliggende, men retten fant ingen grunn til å gjøre forskjell mellom det å opprette lenker og det å gi personer tilgang til musikkfiler på egen pc. Juridisk sett må begge handlinger anses som tilgjengeliggjøring. Dette er ganske interessant. For det synes faktisk som at tingretten hevder at lenkene i Napster.no-dommen, burde vært ansett som tilgjengeliggjøring.

Tiltaltes handlinger var således omfattet av den objektive gjerningsbeskrivelsen.

Videre la tingretten til grunn at tiltalte både hadde hatt positiv kunnskap om fildelingstjenestens rettsstridighet, og at han med vitende og vilje hadde delt musikk som var lagret på sin maskin med andre. Noen unnskyldelig rettsvillfarelse kunne derfor ikke komme på tale.

Heller ikke kunne privat-bruk-unntaket i åndsverkloven § 12 komme til anvendelse. Retten var ikke uenig i at vennskap i § 12 forstand, godt kan foreligge selv om man ikke har møttes ansikt til ansikt, men fant det bevist at det her ikke forelå slike personlige bånd som må kreves. Tiltalte hadde gitt personer han aldri før hadde hatt samtaler med, tilgang til nedlasting fra sin egen pc.

Det var her tale om et klart tilfelle av både ulovlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det var derfor etter min mening uproblematisk at retten fant at tiltalte kunne domfelles etter tiltalepost 1 a).

Det neste retten måtte ta stilling til var hvorvidt beskyttede filer som lastes ned til privat bruk, men deretter legges ut på Internett, av den grunn gjør nedlastingen ulovlig. Retten fant det imidlertid bevist at tiltalte for store mengder av de aktuelle filene, både hadde til hensikt å ha filene til privat bruk og til å dele disse med andre. Eksemplarene var således fremstilt i strid med åndsverkloven.

Retten gikk så over til å behandle spørsmålet om tiltaltes medvirkning til ulovlig fildeling. Dette vil bli behandlet nedfor i pkt. 4.4.2.

4.3 Kan samtykke presumeres ved lovlig publisering?

Det har vært diskutert både av lovgiver og i juridisk teori hvorvidt det må sies å gjelde et konsumpsjonsprinsipp for overføring av åndsverk i digitale nettverk. Åndsverkloven hjemler regler for konsumpsjon av den videre spredning av lovlig offentliggjort eksemplar, jfr. § 19, og tilsvarende for den videre visning av lovlig utgitte verk, jfr. § 20. Som vist i pkt. 2.2 ovenfor, klassifiseres overføringer av verk i digitale nettverk, som offentlig fremføring i åndsverklovens forstand. En tilsvarende regel for konsumpsjon av videre offentlig fremføring, er derimot ikke gitt i åndsverkloven.

Infosoc-direktivet art. 3 (3) gir uttrykk for at eneretten til offentlig fremføring ikke skal kunne konsumeres. Videre heter det i direktivets fortale at spørsmålet om konsumpsjon spesielt ikke skal gjelde iht. online tjenester (pkt. 29).

Rognstad stiller spørsmål ved hvorfor det her skal gjøres forskjell mellom praktisk sett likeartede tilfeller. Han argumenterer for at direktivet burde åpne for at situasjoner ved online tjenester som har de samme praktiske realiteter som spredning av fysiske eksemplar, også rettslig behandles likt. En løsning på problemet kan være å innfortolke en stilltiende lisens, hevder Rognstad.¹²¹ Å innfortolke et slikt samtykke vil ha tilnærmet samme effekt som en konsumpsjonsregel.

Spørsmålet er således om rettighetshaveren gjennom å offentliggjøre eget materiale på Internett, stilltiende gir sitt samtykke til at brukere av nettverket kan utnytte verket? Og innenfor hvilke grenser vil et slikt samtykke evt. gjelde?

Det problematiske med å operere med stilltiende samtykke, er at forutsetningene for samtykket ofte er ukjent. Det kan lett tenkes tilfelle der brukeren legger mer i samtykket enn opphavsmannen. Rognstad hevder derfor at det kan være formålstjenlig å operere med en opphavsrettslig presumpsjonsregel for hvilken bruk samtykket normalt omfatter, basert på en avveining mellom opphavsmannens og brukerens interesser.¹²²

¹²¹ Rognstad 2003, s.464.

¹²² Rognstad 2003, s.466.

Det er høyst tvilsomt om det etter gjeldende rett er adgang til å operere med et prinsipp om stilltiende samtykke i denne sammenheng. Forarbeidene til siste lovendring, gir klart uttrykk for at det ikke kan impliseres noe samtykke til bruk utover bestemmelsene i åndsverkloven kap. 2.¹²³ Videre gir Høyesterett i Napster.no-dommen, uttrykk for at det må vises tilbakeholdenhet med å operere med et prinsipp om stilltiende samtykke, jfr. pkt. 4.2 ovenfor. Juridisk teori er på den annen side mer åpen for en slik løsning. Wagle og Ødegaard hevder dette må være uproblematisk ved opprettelse av såkalt overflatepeker. Pekeren refererer bare til den lovlige publiseringen, og gjør verket *mer* tilgjengelig for allmennheten, hvilket som regel også vil være i opphavsmannens interesse.¹²⁴ Derimot vil det stille seg annerledes for hentepekere, fordi hentepekere har tilnærmet samme effekt for opphavsmannen som om lenkeren hadde lastet ned verket og så offentliggjort det på nytt.¹²⁵ Det samme synspunkt legges til grunn av Hagen¹²⁶, samt også i annen nordisk teori.¹²⁷ I Shetland Times saken¹²⁸, fra britisk rettspraksis, hadde saksøkte, Shetland News, lagt ut såkalt dype lenker på sine nettsider, til artikler fra Shetland Times nettutgave. Brukere av Shetland News pekere kunne dermed finne frem til Shetland Times artikler, uten å måtte gå via hjemmesiden. Alt til-lenket materiale var lovlig offentliggjort. Domstolen avsa midlertidig forføyning, der den fant at lenkingen innebar et visst element av snylting, og var derfor i strid med britisk opphavsrett. Saken endte imidlertid med forlik der saksøkte fikk tillatelse til å legge ut lenker til saksøkers materiale, så fremt det uttrykkelig fremkom hvor materialet stammet fra. Verken domsavgjørelsen eller forliket har nevneverdig rettskildevækt i norsk rett, men illustrerer likevel at det ikke er helt uproblematisk å opprette dype pekere til lovlig offentliggjort materiale. Det sentrale spørsmålet er derfor ofte *hvordan* lenkingen skjer, i stedet for *hva* det lenkes til.¹²⁹

¹²³ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.54

¹²⁴ Wagle og Ødegaard s.415.

¹²⁵ Wagle og Ødegaard s.427.

¹²⁶ Hagen s.44.

¹²⁷ Se Herler s.207, Riis s.155 og Svanström s. 145.

¹²⁸ Shetland Times vs. Shetland News.

¹²⁹ Bryde Andersen 2000, s.313.

Fra norsk rettspraksis foreligger en kjennelse fra Trondheim tingrett¹³⁰. Tvisten stod mellom Notar som på sin hjemmeside hadde lagt ut en lenke til Finn.no sine eiendomssider. Finn.no begjærte midlertidig forføyning for å få lenken fjernet fra Notars nettside. Begjæringen ble ikke tatt til følge. Retten fant at pekeren ikke kunne karakteriseres som en opphavsrettslig relevant beføyelse, fordi den kun viste til rettighetshaverens egen publisering på nettet. Det må stilles spørsmålsteget ved om retten med dette mener at situasjonen hadde vært annerledes dersom materialet hadde vært ulovlig opplastet? Hvis så er tilfelle, er det i strid med det som er sagt ovenfor i pkt. 4.2, iht. at materialets beskaffenhet er irrelevant for den objektive vurderingen av om pekere er tilgjengeliggjøring eller ikke. Det er vanskelig å gi noe fullgodt svar på dette ut fra domspremissene. Det som derimot kan utledes av dommen, er at Finn.no ved å offentliggjøre databasen på Internett, hadde gitt et stilltiende samtykke til normal bruk av databasen på nettet. Siden lenking er en av de mest vanlige funksjonene ved Internett, måtte Notars lenke derfor falle innenfor betegnelsen ”normal bruk”.

Graasvold presiserer at opphavsmannen i alle tilfelle kun gir sitt samtykke til at andre kan *henvise* til materialet, men at det samtidig må være klart at dette ikke uten videre omfatter en rett til videre eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring.¹³¹ Hagen konkluderer med at det antakelig bare i mindre grad kan innfortolkes samtykke til allmenn utnyttelse i form av pekerpublisering. Likevel taler samfunnsmessige interesser for at opphavsmannens eneretter må kunne innskrenkes noe, men i alle tilfelle bare der det ikke innebærer en vesentlig tilsidesettelse av opphavsmannens interesser.¹³² Rognstad viser til at hensynet til å hindre utbredelse av ulovlig offentliggjort materiale i digitale nettverk, taler for at hyperlenking omfattes av eneretten til offentlig fremføring. Men at det på den annen side vil skape avgrensingsproblemer i forhold til de tilfelle der materialet er lovlig utlagt.¹³³ Løsningen, hevder Rognstad, kan være en opphavsrettslig utfyllingsregel der et samtykke

¹³⁰ RG 2004, s.513.

¹³¹ Graasvold 2002, s.99.

¹³² Hagen s.71.

¹³³ Jfr. Høyesteretts resonnement i Napster.no-dommen, omtalt i pkt. 4.2.

til bruk av verket anses for å dekke den normale og lojale lenking til materialet.¹³⁴ I saken mellom Finn og Notar ble dette lagt til grunn, se ovenfor.

Etter min mening har dette mye for seg. Selv om det som Høyesterett påpeker i Napster.no, vil oppstå behov for avgrensningskriterier for hva et samtykke kan anses å omfatte, vil det ikke nødvendigvis gjøre rettstilstanden mer usikker enn den er i dag. Dersom prinsippet om samtykke får rotfeste, er en klargjørende virkning vel så nærliggende.

4.4 Medvirkningsansvar

Etter åndsverkloven § 54 (3)¹³⁵ straffes medvirkning til overtredelser av opphavsretten på samme måte som direkte krenkelser. Erstatningsansvar følger av åndsverkloven § 55. Etter § 54 (1) er skyldkravet forsett eller uaktsomhet.

I det følgende vil jeg først drøfte hvorvidt lenkeren kan straffes for medvirking til ulovlig eksemplarframstilling, og deretter å ta for meg medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring.

4.4.1 Medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling

4.4.1.1 Mp3-dom II¹³⁶

Den danske underrettsdommen fra Vestre landsret var den første nordiske rettsavgjørelse hvor de tiltalte ble holdt ansvarlig for medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling.

Pekerne fungerte slik at brukeren ved å klikke på pekeren, ble ført til det sted der musikkfilene lå, uten å forlate saksøktes hjemmeside. Brukeren kunne så velge enten å kopiere filer med henblikk på avspilling, eller lagre filer på egen magnetplate. Dersom brukeren valgte å få en fil overført, skjedde dette direkte fra den nettsiden der filene lå uten å gå via saksøktes maskin.

Retten fant at de to tiltalte ved utleggelse av pekerne hadde:

¹³⁴ Rognstad 2003, s.472.

¹³⁵ Tidligere § 54 (2), endret ved lov tidligere i år.

¹³⁶ UfR 2001 s.1572. omtalt ovenfor i pkt. 4.2.2.

forøget mulighetene for, at de personer, der ønsket å kopiere musikk, kunde finde musikken og foretage kopiering på en nem og hurtig måde. Det var således tale om fysisk medvirkning.

Landsretten fant at de tiltalte utvilsomt hadde hatt positiv kunnskap både om musikkfilenes ulovlige beskaffenhet og at brukerne foretok kopiering av musikkfilene. De tiltalte hadde således handlet forsettlig.

Dommen gjaldt et relativt renskåret tilfelle av ulovlig medvirkning og resultatet er derfor ikke særlig kontroversielt.

4.4.1.2 Start siden.no¹³⁷

Den første norske rettsavgjørelsen falt i Oslo Tingrett i 2003. Saksøkte i saken, ABC Start siden.no, hadde på sin hjemmeside opprettet en såkalt vanlig referansepeker til et nettsted hvor programvare for fildelingstjenester¹³⁸ kunne lastes ned. Det var således ikke tale om pekere til opphavsrettsbeskyttet materiale, men til programvare for fildeling som gjør det mulig for brukerne å utveksle ulovlig fremstilte lydfiler. Spørsmålet for retten var derfor om Start siden.no var erstatningsansvarlig etter åndsverkloven § 55, for medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling i strid med rettighetshavers eneretter etter åndsverkloven §§ 42 og 45?

Start siden.no ble frifunnet pga. manglende årsakssammenheng mellom pekeren og krenkelsene av saksøkers, Phonofile AS, rettigheter.

Tingretten argumenterte med at fildelingsprogrammer kan benyttes til både lovlige og ulovlige formål. Herunder viste retten til den amerikansk avgjørelsen MGM vs. Grokster¹³⁹, der den amerikanske domstolen fant at det utvilsomt finnes flere lovlig

¹³⁷ TOSLO-2002-5914

¹³⁸ Fildeling; "peer-to-peer". Fildelingstjenesten er et dataprogram som gjør det mulig for programmets brukere å utveksle digitale filer seg i mellom, uten at de behøver å laste ned filene fra en sentral tjenermaskin. Hver datamaskin som er koblet til tjenesten fungerer som både tjener og klient. Filene ligger lagret på den enkelte brukers lokale maskin og kan lastes ned til andre maskiner, når brukeren er koblet til systemet dvs. er online.

¹³⁹ Dom av 25.04.03 fra United States District Court of California, Central District of California. De saksøkte, Grokster og StreamCast, distribuerte fri programvare til sine brukere, som kunne brukes til fildeling.

utnyttelsesmåter av slik programvare, for eksempel ved distribusjon av ikke-beskyttet materiale.

Tingretten fant det sannsynliggjort en viss faktisk årsakssammenheng. Brukere av Start siden.no hadde ved flere tilfelle benyttet seg av lenken, lastet ned programvaren og brukt den til å distribuere lydfiler saksøker hadde ervervet rettigheter til.

Derimot fant retten at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort en rettslig årsakssammenheng, fordi det ikke var bevist at saksøkte forsto eller burde forstått at programvaren i all hovedsak ville benyttes til ulovlig virksomhet. Det var ubestridt at fildelingsprogrammer kan ha lovlige bruksområder, og retten la derfor til grunn at slike program ikke kommer i noen vesentlig annen stilling enn videopptakere og kopimaskiner. Dette argumentet baserer tingretten trolig på Grokster-dommen og den amerikanske domstolens tolkning av den tidligere amerikanske avgjørelsen i Sony vs. Universal¹⁴⁰. Videre viste tingretten til at det var den enkelte brukers bevisste valg å installere og benytte programmet på en krenkende måte. Den krenkende handlingen var atskilt i tid fra bruken av saksøktes peker. Jeg forstår dette slik at retten sikter til graden av nærhet mellom pekeren og den krenkende handling, ikke i tid, men i tilgjengelighet. Det er på det rene at brukeren selv måtte velge å laste ned fildelingsprogrammet, slik at selve nedlastingen av programvaren ikke skjedde ved bruk av pekeren. Pegeren Start siden.no hadde opprettet fungerte slik at brukeren måtte ta flere aktive skritt før den ulovlige fildelingen fant sted. Brukeren måtte ”klikke” seg via tre lenker, før han ble brakt til nettsiden der fildelingsprogrammet kunne lastes ned. Etter at programvaren var lastet ned måtte brukeren også selv velge å søke etter en beskyttet musikkfil og be om å få musikkfilen lastet ned. Pegeren gav derfor ikke brukerne umiddelbar tilgang til beskyttede åndsverk, jfr. Smartkortdommen¹⁴¹. Retten vektla også at fildelingsprogrammet ville fortsette å fungere selv om pekeren på saksøktes hjemmeside ble fjernet. Det samme synspunkt ble lagt til grunn i Grokster-

¹⁴⁰ Sony Corp. vs Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984). Sony ble saksøkt for å selge videospillere med opptaksfunksjon, fordi disse kunne brukes til ulovlig eksemplarframstilling av beskyttet materiale. Sony ble frifunnet fordi retten fant at videomaskinen også hadde vesentlig lovlige anvendelsesområder.

¹⁴¹ Rt. 1995 s.35, se pkt. 4.2.3 ovenfor.

dommen, der retten fant at det ikke var bevis for et aktivt og substansielt bidrag til selve krenkelsen. Etter min mening er dette argumentet tvilsomt. Jeg kan ikke helt se det rettslige grunnlaget for å frita saksøkte for ansvar, basert på at saksøkte ikke har mulighet til å forhindre at beskyttede verk utnyttes ulovlig ved hjelp av fildelingsprogram. Saksøkte har like fullt bidratt til å gjøre et potensielt opphavsrettslig krenkende dataprogram mer tilgjengelig for allmennheten. Det avgjørende må være hvorvidt saksøkte på tidspunktet for pekerpubliseringen, forsto eller burde forstått at programvaren det ble lenket til ville bli brukt til opphavsrettslig krenkende handlinger. Dessuten kan Start siden.no, ved å fjerne sine lenker, i alle fall forhindre at brukere får tilgang til fildelingsprogrammer via Start siden.no sine sider.

Tingretten la videre vekt på at illeggelse av ansvar for opprettelse av overflatepekere, i juridisk teori¹⁴², er ansett som problematisk fordi det ville ramme et av Internettets viktigste fortrinn, nemlig det at det er enkelt å ta seg fra en nettside til en annen. I både Mp3-dom I og II var det tale om såkalt dype pekere. Som vi har sett er det imidlertid ikke avgjørende hvorvidt det er tale om overflatepeker eller dyp peker. Det avgjørende er derimot på hvilken måte pekeren gir tilgang til åndsverket. Pekeren på Start siden.no gav ikke umiddelbar tilgang til beskyttede musikkverk og skiller seg således fra pekerne i Mp3-dom I og II og Napster.no.

4.4.1.3 Grokster¹⁴³

Grokster-dommen ble anket til appelldomstolen, som opprettholdt resultatet og så helt til amerikansk høyesterett, som avsa kjennelse i saken 27. juni i år. Saken sto mellom Grokster og Streamcast som distributører av fildelingstjenester og flere filmselskaper og andre rettighetshavere med Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. i spissen. Etter en konkret vurdering kom retten til at de saksøkte kunne holdes ansvarlig for medvirkning til krenkelser av opphavsretten, ved å ha distribuert programvare til ulovlige

¹⁴² Se Graasvold 2002, s.106.

¹⁴³ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster Ltd. et al., Opinion of the Supreme Court of the United States No. 04-480.

fildelingstjenester. Det var klart at de saksøkte ikke selv tilbød eksemplar av åndsverk, men at de sto som tekniske tilretteleggere.

Høyesterett fant det bevist at både Grokster og Streamcast, fra distribusjonsstart hadde positiv kunnskap om, og til og med oppfordret til, opphavsrettkrenkende utnyttelse av programvaren. Begge distributører hadde markedsført dem selv som alternativer til Napster, dersom Napster skulle forsvinne.

Retten fant det videre bevist at både Groksters og Streamcasts tjeneste hadde et klart kommersielt preg, selv om tjenesten var gratis for brukeren. De saksøkte hadde tjent penger på virksomheten ved å selge reklameannonser på nettsidene.

Både District Court og appelldomstolen hadde innfortolket i avgjørelsen i Sony vs.

Universal, en regel om at dersom produktet har lovlige bruksområder, kan ikke distributøren holdes ansvarlig for at produktet faktisk blir benyttet til opphavsrettkrenkende formål. Amerikansk høyesterett fant at dette bygget på en uriktig forståelse av dommen.

Sony-saken må derimot forstås slik at det ved ileggelse av ansvar kreves at det kan bevises at distributøren har solgt produktet, fullt vitende om dets opphavsrettkrenkende potensial.

Faktum i Sony-saken var i tillegg vesentlig forskjellig fra den foreliggende, ved at Sony fra og med salgsøyeblikket mistet kontrollmulighetene over produktet. Grokster og Streamcast derimot, kunne stoppet den ulovlige virksomheten når som helst, men gjorde det ikke. Det forelå heller ingen bevis for at for de saksøkte på noe tidspunkt hadde forsøkt å filtrere ut beskyttede verk fra ikke-beskyttede. Tvert imot forelå omfattende bevis for at de saksøkte oppfordret til opphavsrettslig krenkende handlinger.

Videre legger amerikansk høyesterett til grunn at det fra rettspraksis følger at dersom bevis foreligger for at aktive skritt er tatt til å oppfordre til ulovlig bruk, må det gå foran lovens tilbakeholdenhet med å ilegge ansvar for distributører som ikke gjør annet enn å selge et produkt med både lovlige og ulovlige benyttelsesområder. Dette er den såkalte ”oppfordringsregelen”; inducement rule.

Heller ikke kunne hensynet til å fremme den teknologiske utviklingen gå foran.

Amerikansk høyesterett foretar således en totalvurdering av tjenesten hvor hensynet til opphavsrettens vern av åndsverk ble veid opp mot hensynet til utnyttelse av teknologisk nyskapning.

Saken ble med dette sendt tilbake til appelldomstolen til ny prøvelse i overensstemmelse med høyesteretts avgjørelse. Saken fikk mye oppmerksomhet og må sies å ha styrket det opphavsrettslige vernet av åndsverk i digitale nettverk.

I den norske saken mot Startside.no, la tingretten betydelig vekt på uttalelser fra District court i Grokster-saken, herunder nettopp den tolkning av Sony-saken, som amerikansk høyesterett i år har uttalt var feilaktig. Det kan derfor stilles spørsmål ved om tingretten ville kommet til et annet utfall, dersom Grokster-saken hadde vært korrekt bedømt i første omgang? Dommen sier imidlertid lite om hvorvidt det er ført bevis for at Startside.no hadde slik kunnskap og intensjoner som hhv. Grokster og StreamCast. Det er derfor vanskelig å si noe sikkert om dette. Imidlertid vil ikke Supreme Court avgjørelsen i Grokster saken ha noen innvirkning på det faktum at pekeren Startside.no hadde lagt ut, ikke gav brukeren umiddelbar tilgang til beskyttede åndsverk, men at tilgangen var betinget av flere bevisste valg fra brukeren. Det er derfor høyst usikkert om utfallet i saken mot Startside.no hadde blitt annerledes dersom den hadde vært avsagt etter at Supreme Court avgjørelsen i Grokster saken falt.

4.4.2 Medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten

4.4.2.1 Napster.no¹⁴⁴

I Napster.no-dommen la Høyesterett til grunn et medvirkningsansvar for opprettelse av pekere til beskyttet musikk på Internett, se pkt. 4.2 ovenfor. Retten fant at saksøkte kunne holdes ansvarlig for ulovlig medvirkning til opplasternes ulovlige tilgjengeliggjøring for allmennheten, i strid med åndsverkloven.

Høyesterett avviste lagmannsrettens oppfatning om at det ikke kunne være tale om medvirkning, fordi medvirkningshandlingen ble foretatt etter at hovedhandlingen var avsluttet, og at det derfor manglet tilstrekkelig årsakssammenheng. Etter Høyesteretts

¹⁴⁴ Rt.2005 s.41, omtalt ovenfor i pkt. 4.2.3.

mening vedvarer opphavsrettkrenkelsen så lenge materialet ligger tilgjengelig på Nettet, selv om hovedhandlingen teknisk sett er avsluttet. Dette vil bli drøftet nærmere nedenfor. Høyesterett avviste saksøktes anførsel om at det etter gjeldende rett gjelder et krav til at medvirkningshandlingen i seg selv er ulovlig. Selv om opprettelsen av pekeren ikke innebar en selvstendig offentlig tilgjengeliggjøring, bidro pekerne til å forsterke opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til materialet.

Høyesterett fant således at kravet til årsakssammenheng var oppfylt, ved at saksøkte hadde medvirket til å forsterke virkningene av hovedhandlingen. Det var m.a.o. ikke et krav at saksøkte hadde medvirket til selve opplastingen av musikkfilene.¹⁴⁵ Saksøkte hadde til gjengjeld innrømmet at brukerne normalt ikke ville funnet musikken uten pekerne.

Formålet med pekerne var å gi brukere tilgang til gratis musikk, og retten fant at saksøkte utvilsomt visste at musikkfilene var ulovlig opplastet. Herunder viste retten til uttalelser på Napster.no sin hjemmeside om at nettstedet var det største og beste stedet med gratis musikk i Norge, og at brukerne kunne laste ned så mye de måtte ønske vederlagsfritt. Retten fant derfor at Napster.no hadde handlet forsettlig og meget klanderverdig ved opprettelsen av pekerne og skyldkravet etter åndsverkloven § 54 (1) var således oppfylt.

Graasvold stiller spørsmålstegn ved om Høyesterett med sitt syn på årsakssammenheng ved medvirkning, må sies å ha skapt ny rett, men vurderer ikke dette nærmere.¹⁴⁶

Den alminnelige forståelsen av kravet til årsakssammenheng i strafferetten, er at den medvirkende handling minst må være en av årsakene til følgen.¹⁴⁷ I og med at årsak som regel i tid kommer før følgen, er derfor utgangspunktet at medvirkningshandlingen tidsmessig må foretas før eller samtidig med hovedhandlingen, for å kunne regnes som medvirkning. Dette er også den vanlige forståelsen av ordlyden i åndsverkloven § 54 (2)¹⁴⁸: *medvirker til overtredelse*. Overtredelsen er i dette tilfelle tilbyderens ulovlige opplasting av beskyttet musikk på Nettet, dvs. ulovlig tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den

¹⁴⁵ Graasvold 2005.

¹⁴⁶ Graasvold 2005.

¹⁴⁷ Husabø s.52.

¹⁴⁸ Nå § 54 (3).

påståtte medvirkningshandlingen er opprettelse av pekere til det ulovlig opplastede materialet. Isolert sett blir medvirkningshandlingen således foretatt etter hovedhandlingen. Høyesterett legger imidlertid til grunn at overtredelsen vedvarer så lenge den ulovlig opplastede musikken blir liggende på Internett, slik at hovedhandlingen ikke avsluttes før musikkverkene fjernes fra nettverket. Hvis så er tilfelle, vil den påståtte medvirkningshandlingen være foretatt senest samtidig med hovedhandlingen. Den som bidrar til å gjøre ulovlig tilgjengeliggjort materiale mer tilgjengelig, vil kunne straffes for medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring for allmennheten.¹⁴⁹

Spørsmålet blir derfor om Høyesteretts resonnement stemmer med gjeldende rett?

Etter forarbeidene til åndsverkloven, vil medvirkning foretatt *etter* hovedhandlingen, normalt være etterfølgende bistand. Det avgjørende for å skille mellom medvirkning og etterfølgende bistand, vil imidlertid være hvorvidt hjelpen er gitt før eller etter den straffbare handlingen er utført.¹⁵⁰ Hva som ligger i ”utført” er noe uklart, men ut fra konteksten i forarbeidene ser det imidlertid ut til å være anvendt synonymt med ”fullbyrdet”.

Hovedhandlingen vil i dette tilfellet, være fullbyrdet når opplasteren har tilgjengeliggjort verket på Nettet.

Andenæs anfører, at dersom hovedmannens handling strekker seg over en viss tid, kan det være medvirkning selv om medvirkningshandlingen er foretatt etter fullbyrding av hovedforbrytelsen, så lenge medvirkningen skjer før den forbryterske virksomheten avsluttes. I så fall kan han straffes for medvirkning til den fortsatte virksomhet¹⁵¹ Husabø henviser til Andenæs og legger til: *det avgjerande må vera om det framleis er mogleg å leggja ein årsaksfaktor til hovudgjerninga. Denne grensa kan vi kalle den materielle avslutninga av brotsverket.*¹⁵²

Det som da må avgjøres er når tilgjengeliggjøringen må anses for å være avsluttet. Jeg er enig med Høyesterett i at så lenge materialet ligger på Internett, innebærer det en fortsatt

¹⁴⁹ Jfr. Wagle og Ødegaard s.417.

¹⁵⁰ NOU 1992:23, s.76.

¹⁵¹ Andenæs s.323-324.

¹⁵² Husabø s.93.

tilgjengeliggjøring. Selv om opplasteren i realiteten har avsluttet den handlingen som gjorde verket tilgjengelig, vil det for rettighetshaveren innebære en vedvarende krenkelse at materialet fortsatt er tilgjengelig på nettet. Først når materialet er fjernet, vil opphavsmannen ha sine rettigheter i behold igjen. Jeg vil derfor legge til grunn at den forbryterske virksomhet vedvarer så lenge verket er tilgjengelig på Internett. Det må imidlertid også vurderes om det etter at verket er opplastet, er mulig å legge årsaksfaktorer til følgen? Retten vektla at pekerne bidro til å forsterke virkningen av opplasternes handlinger, men da hadde jo følgen allerede inntruffet. Etter min mening virker det derfor unaturlig å anse opprettelsen av pekerne som en medvirkende årsak til at verket ble tilgjengeliggjort for allmennheten. Etter mitt syn har Høyesterett skapt ny rett iht. kravet til årsakssammenheng ved medvirkning.

Bing og Tokvam anfører samme syn som Høyesterett, illustrert ved et eksempel. En student legger ut en digitalisert representasjon av et beskyttet fotografi på sin hjemmeside, uten samtykke fra opphavsmannen. Et turistkontor oppretter senere en peker til bildet. Eksempelet tilsvare faktum i Napster.no-dommen. Innebærer pekeren i eksemplet medvirkning til studentens ulovlige tilgjengeliggjøring? Ettersom pekeren gjør det lettere for andre å finne frem til og utnytte en representasjon som er krenkende, finner Bing og Tokvam at må det være nokså klart at turistkontoret har medvirket til en opphavsrettkrenkelse.¹⁵³

Graasvold kritiserer standpunktet under henvisning til logiske betraktninger. For det første anfører han at situasjonen kan sammenlignes med handlinger utenfor Internett som ikke regnes som medvirkning. Graasvold bruker som eksempel på slike handlinger en avisomtale av en påstått ulovlig musikkfremføring på Internett, der avisen opplyser om den aktuelle webadressen.¹⁵⁴ Jeg kan ikke si meg enig i dette resonnement. Jeg finner det vesentlig annerledes å opprette en peker til en ulovlig opplastet musikkfil, enn å opplyse om URL-adressen der musikkfilen ligger, i en avisartikkel utenfor Internett. For det første har lenkeren i en sak som Napster.no, til hensikt at musikkfilene skal nå som mange som mulig. Han til og med oppfordrer andre til å foreta ulovlig kopiering av materialet. Avisen,

¹⁵³ Bing og Tokvam s.123.

¹⁵⁴ Graasvold 2002, s.122-123.

på den annen side, beskriver en påstått faktisk begivenhet og mangler derfor både hensikt og det element av oppfordring som tiltalte i Napster.no hadde.

For det andre er det etter min mening en større grad av nærhet mellom den tilgjengeliggjørende hovedhandlingen og at det pekes direkte til den. Det kan således trekkes en parallell til det som er sagt over i pkt. 4.2 om Smartkortdommen.

Hagen anfører at opprettelse av hyperlenker neppe kan anses som strafferettslig medvirkning til opplasternes tilgjengeliggjøring, men at det utvilsomt kan være erstatningsbetingende medvirkning. Han begrunner dette med at strafferettslig ansvar etter åndsverkloven § 54, er reservert for de særlig grove krenkelser, men at det ikke stilles like strenge krav til den medvirkende handling etter erstatningsretten.¹⁵⁵ Dette har støtte både i forarbeidene og i strafferettslig teori.¹⁵⁶ Napster.no-dommen gjaldt nettopp krav om erstatning etter åndsverkloven § 55.

Konklusjonen må etter min mening bli at spørsmålet om ansvar for medvirkning til opplasternes ulovlige tilgjengeliggjøring for allmennheten, beror på om man anser det å forsterke virkningen av noe som en årsak til virkningen. For meg fremstår dette som unaturlig og det må i alle fall stilles spørsmålstegn ved om ikke medvirkningsansvar for *brukernes* ulovlige nedlasting, er mer farbar vei.

Til slutt peker Graasvold¹⁵⁷ på at det i realiteten var irrelevant hvilket avgjørelsesgrunnlag retten valgte, i og med at det uansett er den samme vurdering som må foretas, nemlig hvilken funksjon pekeren har. Etter Graasvolds mening kunne den vurderingen like gjerne vært tatt iht. om pekerne utgjorde en selvstendig opphavsrettslig krenkelse.

4.4.2.2 Direct Connect¹⁵⁸

I Direct Connect saken skulle retten ta stilling til om tiltalte hadde medvirket til ulovlig fildeling, i strid med åndsverkloven §§ 2, 42 og 45. Grunnlaget for påstanden var at tiltalte

¹⁵⁵ Hagen s.69.

¹⁵⁶ Se NOU 1992:23, s.119 og Andenæs s.245.

¹⁵⁷ Graasvold 2005.

¹⁵⁸ TOSLO-2004-94328, omtalt ovenfor i pkt. 4.2.4.

gjennom drifting av hub'ene, medvirket til at brukerne av fildelingstjenesten tilgjengeliggjorde et betydelig antall musikkfiler for hverandre, uten rettighetshavers samtykke.

Retten fant at faktum i Napster.no-dommen var vidt forskjellig fra det foreliggende, slik at Høyesteretts uttalelser om medvirkningsansvar ikke ubetinget kunne legges til grunn, men at spørsmålet om ansvar for medvirkning måtte vurderes konkret. I Napster.no-dommen var det spørsmål om medvirkning til opplasternes ulovlige tilgjengeliggjøring for allmennheten, mens det i Direct Connect var spørsmål om medvirkning til ulovlig fildeling, dvs. medvirkning til brukernes ulovlige tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling. Retten presiserte først at hub'ene kun hadde en kontaktskapende funksjon. Det ble ikke på noe tidspunkt overført beskyttet materiale via hub'ene. Det var derfor ikke tale om fysisk, men psykisk medvirkning.

Tiltalte hadde erkjent at den ene hub'en var eid av ham, mens han driftet to andre som en vennetjeneste for bl.a. hans forlovede, på en tjenermaskin han hadde tilgang til. Tiltalte hevdet at han for de to siste hub'ene kun hadde fungert som en slags vaktmester.

Forsvareren viste til appellrettens avgjørelse i Grokster saken¹⁵⁹, der retten la vekt på at fildelingsprogrammer ikke i seg selv er ulovlig. Fildeling av materiale som ikke er beskyttet eller der rettighetshaver har gitt sitt samtykke, er eksempler på lovlige anvendelsesområder. Det avgjørende var derfor om tiltalte hadde hatt positiv kunnskap om de ulovlige handlingene som foregikk, og om han kunne stoppet dem. Hvis så var tilfelle, kunne passivitet fra tiltaltes side reise medvirkningsansvar.

Saksøkte anførte at han ikke hadde mulighet til, via hub'ene, å kontrollere hvilke filer som ble utvekslet. All overføring av filer gikk som nevnt mellom brukerne.

Retten la derimot vekt på at tiltaltes handlinger måtte vurderes i forhold til hans subjektive forutsetninger. Hans kunnskap om miljøet, egen bruk av fildeling og det at han aktivt rekrutterte nye brukere til hub'ene, tilsa at han hadde positiv kunnskap om at ulovlig bruk med all sannsynlighet ville bli resultatet. At tiltalte hadde drevet rekruttering av brukere tilsa videre at han hadde spilt en meget mer aktiv rolle enn som vaktmester.

¹⁵⁹ Se pkt. 4.4.1.3 ovenfor.

På bakgrunn av dette fant retten at tiltaltes hensikt med å drifte hub'ene i det alt overveiende var å gjøre det mulig å utveksle opphavsrettslig beskyttet materiale, uten rettighetshavers samtykke. Retten fant det således bevist at tiltalte både hadde vurdert og akseptert muligheten for ulovlig bruk av fildelingsprogrammer, han til og med ønsket det. Tiltalte hadde derfor handlet forsettlig og ble således holdt ansvarlig for medvirkning til overtredelse av åndsverkloven §§ 2, 42 og 45, etter § 54 (1) litra a) og d) jfr. § 54 (2)¹⁶⁰. Tingretten legger således vekt på samme prinsipp som Supreme Court gjorde i Grokster-saken¹⁶¹, iht. at saksøkte pålegges en plikt til å gripe inn og stanse ulovlig fildeling, når han sitter med positiv kunnskap om slike handlinger. Det er ikke tilstrekkelig til å frita for ansvar at programvaren også har lovlige bruksområder.

¹⁶⁰ Nå § 54 (3).

¹⁶¹ Se pkt. 4.4.1.3.

5 Oppsummering

Etter at avgjørelsene i Mp3-dom I og II falt, trodde nok ganske mange, både blant jurister og på rettighetshaversiden, at det var endelig avgjort at opprettelse av pekere til beskyttet musikk på Nettet, utgjør en selvstendig krenkelse av opphavsmannens rett til tilgjengeliggjøring for allmennheten, jfr. åndsverkloven § 2. Det var derfor skuffelse å spore, når Høyesterett i saken mot Napster.no tidligere i år, heller valgte å avgjøre saken på det subsidiære grunnlaget om medvirkning. I Direct Connect-dommen, som ble avsagt i Oslo tingrett 4 måneder senere, gis det riktignok uttrykk for at det verken kan eller bør gjøres forskjell mellom det å lage lenker og å gi andre tilgang til musikkfiler på egen pc, men at begge tilfelle uansett må anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Heller ikke lovgiver tok stilling til hvordan hyperlenker til musikk på Internett må behandles, da loven ble endret tidligere i år. Imidlertid er det nå i alle fall avklart at overføring av åndsverk i digitale nettverk, herunder også ved såkalte på-forespørsel tjenester, må subsumeres under retten til offentlig fremføring.

Rettstilstanden iht. det såkalte pekeransvaret kan i dag oppsummeres dit hen at det er enighet både nasjonalt og internasjonalt, om at pekere i alle tilfelle må subsumeres under retten til offentlig fremføring, men at det er høyst uklart om pekere faktisk skal anses som offentlig fremføring.

Som vi har sett er det særlig hensynet til at pekere anses som selve ryggraden for enkel og effektiv kommunikasjon på Verdensveven, som har stoppet rettsutviklingen. Det samfunnsmessige ønske om å fremme den teknologiske utviklingen har således veid tyngre enn hensynet til opphavsmannen på dette punkt. Retten til offentlig fremføring i åndsverkloven § 2 (3) litra c) skiller ikke mellom lovlig og ulovlig fremstilte verk. Det har derfor både i rettspraksis og teori, vært uttrykt bekymringer i forhold til å anse pekere som offentlig fremføring, fordi det vil ramme pekere uansett hvilket materiale det henvises til. Problemet kan imidlertid løses ved å innta en regel for konsumpsjon av retten til offentlig

fremføring, tilsvarende åndsverkloven §§ 19 og 20 for hhv. spredning og visning. Med en slik konsumpsjonsregel ville opphavsmannens rett til å fremføre verket offentlig, konsumeres ved første offentliggjøring på Internett med opphavsmannens samtykke. Konsumpsjonsregelen kan alternativt også gjøres betinget av at den videre fremføring, ligger innenfor det som må anses som "normal bruk". Ellers ville regelen kan hende resultere i at opphavsmenn og andre rettighetshavere heller lot være å publisere sine verk på Internett.

Slik rettstilstanden er i dag eksisterer ikke noe konsumpsjonsprinsipp iht. fremføring og som vist i pkt. 4.3 ovenfor, kan det neppe opereres med et generelt prinsipp om stilltiende samtykke.

Problemstillingen for denne besvarelsen var:

Rettslig ansvar ved opprettelse av hyperlenker til opphavsrettslig beskyttet musikk på Verdensveven: selvstendig opphavsrettslig beføyelse eller medvirkning. I lys av nyere rettspraksis.

Svaret på problemstilling er at rettstilstanden i dag fortsatt er uklar. Det synes dog i det minste som juridisk teori har tatt standpunkt, og går i retning av å anse hyperlenker som fremføring i åndsverklovens forstand. Problemstillingen burde nok kanskje vært vurdert på lovgivernivå, i forbindelse med lovendringen i sommer. Det blir i alle fall interessant å se hvordan domstolene vil behandle neste tvist på området. Siste ord i saken er nok ikke sagt, om enn i denne omgang.

6 Kildehenvisninger

Litteraturliste

- Andenæs, Johs. – Alminnelig strafferett, 5. utgave, Universitetsforlaget 2004 - 629 s. – ISBN 82-15-00395-8.
- Bing, Jon (1995) – Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: noen spredte notater, Nordisk Immaterielt Rättsskydd, særtrykk 1995 – s.595 flg.
- Bing, Jon og Ole E. Tokvam (1996) – Elektronisk publisering: Utvalgte rettslige aspekter, CompLex 7/96, Institutt for rettsinformatikk 1996 – 147 s. – ISBN 82-518-3512-7
- Bryde Andersen, Mads (2000) – Linking og robottering på Internett, Ugeskrift for retsvæsen 2000 s.311.
- Bryde Andersen, Mads (2001) – IT-retten, Forlaget IT-retten, København 2001 – 987 s. – ISBN 87-988580-0-9
- Eckhoff, Torstein – Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001 – 414 s. – ISBN 82-518-3988-2
- Efskind, Erlend Rignes – Skjermbildets rettslige natur, Studentavhandling publisert i CompLex 2/02, Institutt for rettsinformatikk 2002 – 122 s. – ISBN 82-7226-048-4
- Eidsvold Tøien – Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett – med hovedvekt på kringkastingsbegrepet, Studentavhandling publisert i CompLex 4/02, Institutt for rettsinformatikk 2002 – 142 s. – ISBN 82-7226-053-0
- Graasvold, Hans Marius (2002) – Pekeransvaret, CompLex 10/02, Institutt for rettsinformatikk 2002 – 144 s. – ISBN 82-7226-063-8
- Graasvold, Hans Marius (2005) – Høyesteretts avgjørelse i Napster.no – var gjerdet lavere på den andre siden?, publisert i Lov & data 2005 nr.82 s.10
- Hagen, Vegard – Pekeransvar, Studentavhandling publisert i CompLex 10/02, Institutt for rettsinformatikk 2002 – 144 s. – ISBN 82-7226-063-8

- Herler, Brita Kristina – Upphovsrättsligt skydd av digitala musikaliska verk vid marknadsföring i Internet, Universitas Wasaensis 2001 – 385 s. – ISBN 951-683-918-5
- Husabø, Erling Johannes – Straffansvarets periferi, Universitetsforlaget 1999 – 422 s. – ISBN 82-00-12972-1
- Karnell, Gunnar (2000) – Kommentar til Högsta Domstolens dom av 15. juni i mål B 413-00, NIR 3/2000 s.487
- Karnell, Gunnar (1977) – Om upphovsrätt til musikaliska verk från radio- och TV-apparater på hotellrum, publicert i NIR 1973 s.267-286.
- Nordell, Per Jonas – Det s.k. MP3-avgörandet, Juridisk Tidskrift 2000 s.166
- Riis, Thomas – Immaterialrett og IT, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001 – 240 s. - ISBN 87-574-0508-5
- Rognstad, Ole Andreas (1999) – Spredning av verkseksemplar, Cappelens Forlag 1999 – s. – ISBN 82-456-0723-1
- Rognstad, Ole Andreas (2003) – Konsumpsjon av digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodell, i Festskrift til Mogens Kjørtvedgaard (s.447), Jurist og Økonomforbundets Forlag 2003 – 741 s. – ISBN 87-574-0848-3
- Rognstad, Ole Andreas og Birger Stuevold Lassen (2004) – Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, Utgitt av Fondet til fremme av forskning på privatrettens område 2004 – 167 s. – ISBN 82-7236-165-5
- Schlüter, Johan og Jakob Plesner Mathiasen – Medvirken til ophavsrettskrænkelser på Internett, i Festskrift til Mogens Kjørtvedgaard (s. 517), Jurist og økonomforbundets Forlag 2003 – 741 s. – ISBN 87-574-0848-3
- Schønning, Peter (1998) – Ophavsretsloven med kommentarer, 2.utgave, GadJura, København 1998 – 703 s. – ISBN 87-607-0497-7
- Schønning, Peter (2000) – Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?, publicert i Ugeskrift for retsvæsen 2000 s.499 flg.
- Stray Vyrje, Magnus – Opphavsrettens ABC, TANO 1987 – 363 s. – ISBN 82-518-2206-8

Svanström, Karl – Internet linking: A legal analysis (studentavhandling), i Peter Wahlgren (red.): IT og jurauddannelsen, Nordisk årbog for retsinformatik 2000, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2001 – 233 s.

Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr. – Opphavsrett i en digital verden, Cappelen Akademisk Forlag 1997 – 640 s. – ISBN 82-456-0133-0

Walle, Stig – Opphavsrettslige aspekter ved nettbasert formidling av musikk, Studentavhandling publisert i CompLex 6/03, Institutt for rettsinformatikk 2003 – 87 s. – ISBN 82-7226-072-7

Westman, Daniel – MP3-målet i HD: rettslaget kring länkning er forfarande oklart, publisert i Lov & data 2000 nr.62

Lov

Lov 12. mai 1961 nr.2 om opphavsrett til åndsverk, med endringer, sist ved lov 17. juni 2005 nr.97.

Forarbeider

NOU 1986:18

NOU 1995:8

NOU 1992:23

Ot.prp.nr.26 (1959-1960) om lov om opphavsrett til åndsverk

Ot.prp.nr.33 (1989-1990) om lov om endringer i åndsverkloven (opphavsrett og edb)

Ot.prp.nr.15 (1994-1995) om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Ot.prp.nr.85 (1997-1998) om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

Inst.O.nr.103 (2004-2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Andre lands lover

Danmark:

Bekendtgørelse af lov om ophavsret 6. juli 2005 nr.725

Sverige:

Lag 1960:729 om upphovsrätt til litterära og konstnärliga verk, med siste endringer ved lag 2005:359.

EU- og EØS lovgivning

Direktiv 96/9/EC av 11. mars 1996 om rettslig beskyttelse av databaser.

Direktiv 2001/29/EC av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

Internasjonale konvensjoner

Bernkonvensjonen av 9. september 1886 om beskyttelse av litterære og kunstneriske verk, Norge er tilsluttet Paris teksten av 24. juli 1971.

TRIPS avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter, 1994 (WTO).

Verdenskonvensjonen om opphavsrett av 6. september 1952 (Universal Copyright Convention).

WIPO Copyright Treaty av 20. desember 1996

WIPO Performance and Phonograms Treaty av 20. desember 1996

Rettspraksis

Norge:

Rt. 1953 s.633 (Bedriftsmusikk)

Rt. 1957 s.778 (Sirkusteltdommen)

Rt. 1985 s.883 (Electric Circus)

Rt. 1995 s.35 (Smartkort)

Rt. 2005 s.41 (Napster.no)

LG-1994-1093 (videresending via kabel-tv)

RG 2004 s.513 (Finn.no)

TOSLO-2002-5914 (Startsiden.no)

TOSLO-2004-94328 (Direct Connect)

Voldgiftsdom avsagt 10. april 1987, delvis gjengitt i NIR 1989 s.369-373.

Danmark:

U 2000.2099 H

Vestre Landsret dom inntatt i UfR 2001 s.1572 (Mp3-dom II)

Sverige:

Högsta Domstol mål B 413-00, publisert i NJA: 2000 s.292 (Mp3-dom I)

Storbritannia:

The Shetland Times vs. The Shetland News, Court of Session in Scotland, Edinburgh,
24.10.1996.

USA:

Sony Corp. Of America vs. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984)

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster Ltd. et al, dom fra United States
District Court of California, Central District of California, avsagt 25.04.03.

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster Ltd. et al, Opinion of the Supreme
Court of the United States No. 04-480, avsagt 27.07.2005

